

Sygn. akt: KIO 3549/24
KIO 3573/24
KIO 3586/24

WYROK

Warszawa, 21 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Adriana Urbanik
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 roku przez:

- a. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „AG-COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowej 14 i PARTNER Dariusz Apelski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 80 lok. 158
- b. wykonawcę REMONDIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 19
- c. wykonawcę POLSUPER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19

Uczestnik po stronie odwołującego:

- wykonawca MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 129/U7 zgłaszający przystąpienie w sprawie KIO 3573/24

Uczestnicy po stronie zamawiającego:

- wykonawca Józef Jankowski prowadzący działalność Zielony Świat Józef Jankowski z siedzibą w Budykierzu 6A zgłaszający przystąpienie w sprawie KIO 3549/24
- wykonawca Dawid Mróz prowadzący działalność AREA Dawid Mróz z siedzibą w Starym Mystkówcu 54B zgłaszający przystąpienie w sprawie KIO 3573/24
- wykonawca Piotr Purchała prowadzący działalność CT Piotr Purchała z siedzibą w Warszawie, ul. JRR Tolkiena 3/181 zgłaszający przystąpienie w sprawie KIO 3586/24

orzeka:

KIO 3549/24

1. uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez jego niezastosowanie, naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej w związku art. 16 ust 1 ustawy i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Józefa Jankowskiego prowadzącego działalność Zielony Świat Józef Jankowski z siedzibą w Budykierzu 6A na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z uwagi na zaoferowanie realizacji usługi w sposób niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w par. 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, czyli z wykorzystaniem usługi wykonawcy, który nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego, w pozostałym zakresie oddać odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „AG-COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowej 14 i PARTNER Dariusz Apelski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 80 lok. 158 i Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19 i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „AG-COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowej 14 i PARTNER Dariusz Apelski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 80 lok. 158 tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 400 zł 00 gr (słownie: czterysta złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego,
 - 2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawy – Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „AG-COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowej 14 i PARTNER Dariusz Apelski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 80 lok. 158 kwotę 9 500 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu połowy uiszczonego wpisu oraz połowy wydatków

pełnomocnika odwołującego i kosztów dojazdu

KIO 3573/24

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Dawida Mroza prowadzącego działalność AREA Dawid Mróz z siedzibą w Starym Mystkówcu 54B służących wyjaśnieniu ceny oferty i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV i V, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień wykonawcy Dawida Mroza prowadzącego działalność AREA Dawid Mróz w całości - z wyjątkiem str. 11 od słów „AREA podkreśla” do słów art. 151 (8) par. 1 Kodeksu pracy”, załącznika nr 1 do wyjaśnień – przykładowy grafik, danych osobowych w postaci imion, nazwisk, dat urodzenia i podpisów kandydatów na pracowników z załącznika nr 2 do wyjaśnień, w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę REMONDIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 19 i Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19 i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 19 tytułem uiszczanego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego,

2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawy – Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19 na rzecz wykonawcy REMONDIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 19 kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu połowy uiszczanego wpisu i połowy wydatków pełnomocnika odwołującego.

KIO 3586/24

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę POLSUPER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4 i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę POLSUPER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4 tytułem uiszczanego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt KIO 3549/24

KIO 3573/24

KIO 3586/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Opróżnianie koszy na terenie m.st Warszawa” ogłoszono 15 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 423561-2024, numer wydania Dz.U. S: 136/2024.

KIO 3549/24

30 września 2024 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „AG-COMPLEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowej 14 i PARTNER Dariusz Apelski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 80 lok. 158. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 5 kwietnia 2024 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu lidera oraz z 4 października 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu partnera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z 24 lipca 2024 r. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wybór oferty złożonej przez Józefa Jankowskiego, podczas gdy ta oferta powinna podlegać odrzuceniu, a za ofertę najkorzystniejszą powinna być uznana oferta odwołującego;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Józefa Jankowskiego, który nie wykazał, że cena złożonej przez niego oferty nie jest ceną rażąco zaniżoną;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz w zw. z 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Józefa Jankowskiego, który:
 - a)pomimo naliczenia mu przez zamawiającego kar umownych i zakończenia przed czasem umowy zawartej z zamawiającym nie składa rzetelnych wyjaśnień ceny swojej oferty, co zamawiający pomija przy ocenie tych wyjaśnień przez co dochodzi do naruszenia interesu odwołującego;
 - b)wprowadza zamawiającego w błąd co do możliwości wykonania umowy zgodnie z przepisami ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.) dalej jako „u.o.” albo „ustawa o odpadach”, podczas gdy przekazanie odpadów do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk w Dębem działka 100/2 narusza przepisy u.o. oraz ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 299 ze zm.), dalej jako u.c.p.g., co stanowi naruszenie interesu odwołującego;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy w zw. z 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Józefa Jankowskiego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia przez wskazanie w wyjaśnieniach ceny oferty, że przekazanie odpadów nastąpi do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk w Dębem działka 100/2, co jest niezgodne z przepisami ustawy o odpadach;
- 5)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wniesiono o:

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Józefa Jankowskiego;
- 2)dokonanie ponownej oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Józefa Jankowskiego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy;
- 3)dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto o:

- rozpoznanie odwołania przez trzyosobowy skład orzekający;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze wskazanych pism znajdujących się w oryginale w dokumentacji postępowania oraz dokumentów i pism załączonych do odwołania na okoliczności tam wskazane;
- zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wg dokumentów złożonych na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy spowodowało, że oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, zatem naruszenia te grożą odwołującemu możliwością poniesienia szkody.

Odwołujący spełnia przesłanki zawarte w art. 505 ust. 1 ustawy pomimo tego, że cena oferty odwołującego jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Potwierdza to aktualne orzecznictwo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lutego 2024 r. sygn. akt: KIO 421/24, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 stycznia 2024 r. sygn. akt: KIO 3920/23.

Przedmiotem postępowania w części I/rejonie 1 (Śródmieście) jest opróżnianie koszy i przestawianie koszy.

W rozdziale XIV SWZ zamawiający następująco ustalił opis sposobu obliczania ceny:

1.Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) ceny ofertowej brutto stanowiącej poz. 3 „Cena ofertowa”, kolumna wartość prac z VAT” z załącznika nr 1/I-V do SWZ oraz poz. 4 „Cena ofertowa”, kolumna „wartość prac z VAT” z załącznika nr 1/VI do SWZ (w zależności od części, na którą składana jest oferta).

2.Cena ofertowa brutto musi uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SWZ. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w załączniku „Koszty”.

2.Zamawiający nie postawił warunków udziału w postępowaniu i nie przewidział podstaw wykluczenia o charakterze fakultatywnym. Natomiast w § 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy wskazał, że:

„2. Wykonawca oświadcza, że posiada uprawnienia, doświadczenie, potencjał kadrowy i techniczny niezbędny do

wykonania przedmiotu Umowy, w tym wpis do rejestru prowadzonego na podstawie art. 49 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01), (wpis do rejestru BDO).

3.W zakresie zagospodarowania odpadów Wykonawca postępować będzie zgodnie z postanowieniami ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a w szczególności posługiwać się będzie przy gospodarowaniu odpadami podmiotami spełniającymi warunki określone ww. ustawą."

Ponadto:

1)§ 3 ust. 10 nakłada na wykonawców obowiązek przestrzegania przepisów ustawy o elektromobilności;

2)§ 8 ust. 1 nakłada na wykonawców obowiązek zatrudnienia osób opróżniających kosze na podstawie umowy o pracę;

3)§ 9 ust. 5 nakłada na wykonawców obowiązek posiadania polisy ubezpieczeniowej.

Zgodnie z pkt 3 Protokołu postępowania wartość zamówienia została ustalona w dniu 26.06.2024 r. na podstawie średnich cen z obowiązujących umów 3.752.054,32 zł 2.929.148,56 zł

Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 3.902.565,29 zł brutto.

W postępowaniu ofert złożyło 4 wykonawców z cenami w wysokości:

1)Odwołujący - 4.887.515,22 zł;

2)Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - 5.983.169,87 zł;

3)MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - 8.864.955,36 zł;

4)Józef Jankowski - 4.160.499,13 zł;

Wraz z ofertami wykonawcy złożyli formularze cenowe wg wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do SWZ.

Pismem z 12 sierpnia 2024 r. zamawiający zwrócił się do Józefa Jankowskiego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy wzywając do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający wymagał dołączenia do wyjaśnień kalkulacji ceny oferty, zgodnie z załącznikiem do pisma oraz wskazał, że cena oferty Józefa Jankowskiego w części I w kwocie 4.160.499,13 zł jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z 19 sierpnia 2024 r. Józef Jankowski udzielił wyjaśnień, do których dołączył wypełnioną tabelę przesłaną przez zamawiającego. Ponadto złożył tekst rozporządzenia w sprawie płacy minimalnej, informację o narzutach związanych z wynagrodzeniem minimalnym oraz umowę o współpracy zawartą 31 maja 2022 r. z Zakładem Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk. Zamawiający pozytywnie ocenił otrzymane wyjaśnienia i uznał ofertę Józefa Jankowskiego za najkorzystniejszą, o czym poinformował pismem z 19 września 2024 r.

Wyjaśnienia złożone przez Józefa Jankowskiego, według odwołującego, nie uzasadniają ceny jego oferty i nie pozwalają na uznanie, że za tę cenę umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie wykonana należycie. Powołał wyrok SO w Warszawie z 19 grudnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 144/22.

Józef Jankowski zdaje się podważać istotność wezwania wskazując, że „przy ocenie wykonawcy właściwym punktem odniesienia w zakresie ustalenia rzetelności i realności wyceny ofertowej nie powinna być bez wątpienia automatycznie sama średnia arytmetyczna, która ma swoje ustalenie w niewątpliwie zawyżonych i nierealnych dla rzetelnej konkurencji wycenach kilku wykonawców, ale wyceny ofertowe praktycznie połowy uczestników postępowania oraz samego zamawiającego."

Odwołujący podniósł, że:

1)zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) zamawiający ma obowiązek wezwać do wyjaśnienia ceny oferty w razie stwierdzenia arytmetycznej różnicy ceny badanej oferty i średniej ceny złożonych ofert. Jedynym wyjątkiem jest sytuacja, w której wskazana różnica wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W okolicznościach postępowania zamawiający nie skorzystał z możliwości odstąpienia od wyjaśnień;

2)wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia jest niższa od wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, w tym o 2.070.719,6 zł od średniej ceny wszystkich złożonych ofert, a także niższa od ceny oferty Józefa Jankowskiego. Oczywistym jest zatem, że wartość ta nie może być punktem odniesienia dla ustalenia rzetelności kalkulacji ceny oferty wykonawcy. Średnia cena ofert złożonych w postępowaniu wynosi 5.973.284,89 zł i to ona może stanowić wartość referencyjną dla aktualnej sytuacji rynkowej. Cena oferty Józefa Jankowskiego znacząco odbiega od wartości zamówienia a także cen ofert wszystkich pozostałych wykonawców, w tym ceny oferty odwołującego;

3)Józef Jankowski nie wskazuje, jaki jest rynkowy poziom cen oraz dlaczego uważa ceny „kilku wykonawców za zawyżone".

Odwołujący zacytował brzmienie art. 224 ust. 5 i 6 ustawy i porównał z art. 90 ust. 3 ustawy z 2004 r. stwierdzając, że obecnie zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wyjaśnienia są niewystarczające. Powołał wyrok KIO z 28 października 2022 r. sygn. akt KIO 2747/22.

Zdaniem odwołującego ze złożonych wyjaśnień nie wynikają informacje dotyczące możliwości wykonania zamówienia

przez Józefa Jankowskiego za podaną cenę. Złożone wyjaśnienia stanowią ogólny opis i kilkakrotnie powtarzany katalog deklaracji odnoszący się do spełnienia wymagań SWZ oraz przekonania wykonawcy o rzetelności przedstawionej kalkulacji ceny oferty.

Do wyjaśnień i kalkulacji nie zostały załączone dowody odnoszące się do poszczególnych kosztów związanych z wykonaniem umowy, mimo że wykonawca został wezwany do ich złożenia. Rozporządzenie w sprawie płacy minimalnej oraz podsumowanie czynników składających się na wynagrodzenie minimalne z portalu przedsiębiorców nie stanowią dowodu. Brak jest zatem podstaw do uznania, że kalkulacja ceny oferty została sporządzona prawidłowo.

Deklaracje Józefa Jankowskiego w zakresie dostępnego mu poziomu cen wykonania poszczególnych części zamówienia, rynkowego charakteru wyceny przyjętej na potrzeby kalkulacji ceny oferty, a także uwzględnienia wszystkich kosztów „związanych z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ, oraz wzorem umowy” nie zostały potwierdzone.

Wykonawca deklaruje wykorzystanie własnego potencjału osobowego oraz sprzętowego w celu wykonania zamówienia. Jednak w wyjaśnieniach wskazuje, że dopiero zatrudni osoby do wykonania umowy i nie składa dowodów dysponowania samochodami wymienionymi w wyjaśnieniach, choć powinien był to uczynić.

W części opisowej wyjaśnień Józef Jankowski wskazał, że ma bazę w Warszawie, ale nie podał jej lokalizacji, na jakiej podstawie nią dysponuje i jakie koszty ponosi w związku z posiadaniem tej bazy.

Wykonawca nie wyjaśnił także:

- 1) jak wyliczył zakładaną liczbą kilometrów w tabeli (w części dotyczącej kosztów zakupu paliwa)
- 2) jak wyliczył koszty transportu odpadów (w części dotyczącej utylizacji), która ma wynosić podał 146 250,00zł;
- 3) dlaczego przyjął, że koszty utrzymania samochodów wynoszą 200 000,00 zł.

Umowa o współpracy zawarta 31 maja 2022 r. z Zakładem Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk odnosi się do jednego elementu cenotwórczego – kosztu odbioru odpadów i nie przesądza o prawidłowym obliczeniu ceny całej oferty, nie tylko z tego powodu, że została podpisana w roku 2022. Przede wszystkim nie stanowi ona dowodu potwierdzającego możliwość wykonania przedmiotu umowy zgodnie z warunkami zamówienia. Złożenie tej umowy zdaniem odwołującego powinno skutkować odrzuceniem oferty Józefa Jankowskiego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy, co zostanie uzasadnione w dalszej części odwołania.

W odniesieniu do przedstawionych okoliczności faktycznych - treści wyjaśnień złożonych przez Józefa Jankowskiego - aktualna jest ocena wyrażona przez Izbę w orzeczeniu z 5 października 2023 r. sygn. akt KIO 2794/23.

Składając wyjaśnienia wykonawca nie dołożył należytej staranności, udzielone przez niego wyjaśnienia nie są rzetelne. Brak jest zatem uzasadnienia do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień uzupełniających.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia dotyczące rażącego zaniżenia ceny oferty nie są celem samym w sobie, gdyż mają przekonać zamawiającego co do możliwości prawidłowego wykonania umowy. Celem wyjaśnień żądanych w związku z możliwym zaniżeniem ceny oferty jest bowiem ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia.

Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty nie mogą być oceniane w oderwaniu od znanych zamawiającemu okoliczności faktycznych, które potwierdzają brak rzetelności Józefa Jankowskiego.

Zamawiający naliczał bowiem Józefowi Jankowskiemu w przeszłości kary umowne w związku z nieprawidłowym wykonaniem umów na ręczne oczyszczanie w okresie 01.10.2022r. - 30.09.2023 r.:

- 1) nr ZOM/UM/62/22/LR-ZR-53W dotycząca dzielnicy Białoleka - kara umowna w kwocie 235 259,08 zł;
- 2) nr ZOM/UM/63/22/LR-ZR-53W dotycząca dzielnic: Targówek, Rembertów, Wesoła - kara umowna w kwocie - 25 400 zł
- 3) umowa nr ZOM/UM/70/22/LR-ZR-53W dotycząca Śródmieścia Południowego - 21 850 zł.

Łączna wysokość kar umownych wynosiła - 282 509,08 zł.

Kary umowne w wysokości 14.000 zł zostały naliczone Józefowi Jankowskiemu również w związku z nienależytym wykonaniem umowy nr ZOM/UM108/22/LR-ZR-180 W.

Ponadto w ogłoszeniu nr 2024/BZP 00362636 z 12 czerwca 2024 r. zamawiający poinformował o wykonaniu umowy w zakresie części I i II postępowania na: „Pielęgnację zieleni, utrzymanie czystości oraz ukwiecenie elementów małej architektury na pętlach komunikacji miejskiej na terenie m.st. Warszawy”. Odwołujący wystąpił do zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej w dniu 30 lipca 2024 r. w sprawie przyczyn odstąpienia od wykonania tej umowy. Z treści ogłoszenia wynika natomiast, że zamawiający kontrolował wykonanie umowy w zakresie art. 95 ustawy.

Na potwierdzenie tych okoliczności odwołujący złożył pisma i dokumenty uzyskane od zamawiającego, kopię ogłoszenia o wykonaniu umowy oraz odpowiedź ZOM na wniosek o dostęp do informacji publicznej z dn. 03.04.2023 r. oraz z 14.08.2024 r.

Zamawiający nie może pomijać tych okoliczności przy ocenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty w sytuacji, gdy jest to

cena odbiegająca od cen wszystkich pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, zwłaszcza wobec deklaratywnego charakteru złożonych wyjaśnień oraz braku złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość obliczenia ceny oferty przez Józefa Jankowskiego.

Mimo tego, że zamawiający nie wskazał w dokumentach postępowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu, to nie jest zwolniony z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wybór oferty wykonawcy, który w przeszłości nienależycie wykonywał umowy zawarte z zamawiającym narusza zasady uczciwej konkurencji i powinno podlegać ocenie na gruncie przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołał stanowisko Sądu Najwyższego w wyroku z 22 października 2002 r. sygn. akt III CKN 271/01.

Przytoczył treść art. 3 ust. 1 uznk. Naruszeniem interesu odwołującego jest wybór oferty wykonawcy, któremu zamawiający naliczał kary umowne i z którym przed czasem rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazuje rzetelnej wyceny kolejnej oferty. Wykonawca taki nie daje rękojmi należytego wykonania kolejnej umowy. Zamawiający nie powinien przyzwalać na taką praktykę i po raz kolejny udzielać zamówienia wykonawcy, który nie jest w stanie prawidłowo jej wykonać. W tej sytuacji interes odwołującego został naruszony, gdyż wybór oferty Józefa Jankowskiego złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji uniemożliwił wybór oferty odwołującego. Odrzucenie oferty Józefa Jankowskiego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. powinno nastąpić również z tego powodu, że wykonawca składając ofertę w postępowaniu oraz w wyjaśnieniach ceny oferty z 18 sierpnia 2024 r. wprowadził zamawiającego w błąd, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o odpadach, w szczególności posługiwania się przy gospodarowaniu odpadami podmiotami spełniającymi warunki określone tą ustawą, co stanowi wymaganie zawarte w § 3 ust. 3 wzoru umowy.

Z umowy o współpracy z 31 maja 2022 r., którą Józef Jankowski załączył do wyjaśnień ceny oferty, jednoznacznie wynika, że będzie on dostarczać zmieszane odpady komunalne o kodzie 20 03 01 do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk w Dębem działka 100/2. Odpady zbierane w tym postępowaniu nie stanowią odpadów komunalnych, Józef Jankowski nie może oddawać ich do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk. Instalacja Zakład Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk nie jest wpisana przez Marszałka Województwa Mazowieckiego na listę instalacji komunalnych. Podmiot ten w ogóle nie posiada zezwoleń na przetwarzanie odpadów, a jedynie zezwolenie na zbieranie odpadów. Potwierdza to wpis w BDO:

(data dostępu: 29 września 2024 r.)

Posiadane przez siebie decyzje w zakresie gospodarowania odpadami Zakład Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk publikuje na swojej stronie internetowej. <https://www.zktz.pl/decyzje> (data dostępu: 29 września 2024 r.)

Ze wskazanych dokumentów wynika, że Józef Jankowski nie ma możliwości zgodnego z obowiązującymi przepisami przekazania odpadów do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk. Podmiot ten prowadzi stację przeładunkową, która nie może być wykorzystana dla potrzeb realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia. Odpady winny być przekazane bezpośrednio do zagospodarowania.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 32) u.o. wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Odpady takie, w tym niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne o kodzie 20 03 01, nie stanowią odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości na podstawie ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a więc na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (dalej RDR), prowadzonego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Stanowisko to zostało potwierdzone w piśmie Ministerstwa Środowiska, Departamentu Gospodarki Odpadami z 12 marca 2013 r., wprost odnoszącym się do działalności podmiotów zajmujących się opróżnianiem koszy ulicznych, pielęgnacją terenów zielonych lub sprzątnięciem ulic i targowisk, i do dziś nie uległo zmianie.

Art. 23 ust. 2 u.o. zakazuje zbierania poza miejscem wytwarzania m.in. niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wskazuje jednocześnie wyjątki w tym zakresie - zgodnie z ust. 10 zakazu nie stosuje się do zbierania m.in. niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w stacji przeładunkowej prowadzonej przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, a więc odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości na podstawie u.c.p.g., czyli wpisu do RDR. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że w żaden sposób zwolnienie z tego zakazu nie dotyczy odpadów wytwarzanych w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw, pomimo posiadania

przez podmiot zezwolenia na zbieranie tych odpadów wydanego w trybie art. 41 ustawy o odpadach.

Postanowienia umowy zawartej pomiędzy Józefem Jankowskim i Zakładem Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk wprost wskazują, że dotyczy ona odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości na podstawie wpisu do RDR (czyli u.c.p.g.) - "Dostawca oświadcza, iż posiada wpis do działalności regulowanej w zakresie transportu w/w odpadów." Zakład Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk jako podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości może zbierać w prowadzonej przez siebie stacji przeładunkowej niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości na podstawie wpisu do RDR, natomiast w takiej stacji nie może zbierać niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 stanowiących odpady wytworzone w wyniku świadczenia usług polegających na opróżnianiu koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych lub sprzątania ulic i targowisk, czyli wytworzonych na podstawie u.o., które z definicji nie są odpadami komunalnymi odebranymi od właścicieli nieruchomości na podstawie wpisu do RDR (u.c.p.g.). Przyjęcie do stacji przeładunkowej odpadów o kodzie 20 03 01 innych niż odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości jest niezgodne z przepisami o odpadach.

Wobec powyższego odpady o kodzie 20 03 01 wytworzone w związku z działalnością ogrodniczo-porządkową (opróżnianiem koszy ulicznych, pielęgnacją terenów zielonych lub sprzątaniem ulic i targowisk) nie mogą być przekazywane do stacji przeładunkowej - miejsca zbierania odpadów na podstawie zezwolenia wydanego w trybie art. 41 u.o. a Zakład Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk nie może przyjmować tego rodzaju odpadów do zbierania. Odpady te muszą zostać przekazane bezpośrednio z miejsca ich wytworzenia (miejsca świadczenia usług polegających na opróżnianiu koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych lub sprzątania ulic i targowisk) do instalacji przetwarzania.

Powołał wyroki z 21 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 5/22 oraz z 21 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 353/24.

Józef Jankowski złożył ofertę w postępowaniu, w którym zamawiający we wzorze umowy podkreślił obowiązek przestrzegania przepisów ustawy o odpadach, zobowiązując się tym samym do przestrzegania jej przepisów. Zobowiązanie to potwierdził w wyjaśnieniach ceny oferty, w których złożył zapewnienie należytego i zgodnego z SWZ wykonania umowy. Tymczasem umowa z 31 maja 2022 r. zawarta z Zakładem Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk jasno wskazuje, że oświadczenia dotyczące przestrzegania przepisów ustawy o odpadach stanowią oświadczenia wprowadzające w błąd. Powyższe narusza interes odwołującego, gdyż uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w powołanym przepisie ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada wymaganiom ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia. Zamawiający w § 3 ust. 3 wzoru umowy nałożył na wykonawców obowiązek przestrzegania przepisów ustawy o odpadach, w szczególności posługiwania się przy gospodarowaniu odpadami podmiotami spełniającymi warunki określone tą ustawą.

Z dokumentów wskazanych powyżej jednoznacznie wynika, że Józef Jankowski nie posiada miejsca utylizacji odebranych odpadów. Nie może ich oddać do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk w Dębem, gdyż Zakład Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk nie może legalnie przyjąć tych odpadów. Józef Jankowski nie wskazał innej instalacji, co więcej umowę zawartą z Zakładem Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk wskazał jako dowód na prawidłowe obliczenie ceny swojej oferty.

Prawidłowe postępowanie z odebranymi odpadami nie tylko stanowi istotny element cenotwórczy. Zamawiający powinien uzyskać racjonalną pewność, że czynności wykonawcy będą zgodne z przepisami ustawy o odpadach. Zamawiający nie ma pewności co do spełnienia przez wykonawcę wymagań prawa.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 345/24)

Wybór oferty Józefa Jankowskiego nastąpił z naruszeniem przepisów wskazanych na wstępie odwołania oraz zasad wskazanych w art. 16 ustawy: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

1 października 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

4 października 2024 r. do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił Józef Jankowski prowadzący działalność Zielony Świat Józef Jankowski z siedzibą w Budykierzu 6A. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z 2 października 2024 r. do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie według przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej KIO). Przystępujący wskazał na bezzasadność argumentów podniesionych przez odwołującego i w tym zakresie popiera dokonany przez zamawiającego wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zarzut w postaci zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jest niezasadny i nie znajduje pokrycia w stanie faktycznym sprawy.

Przystępujący ma interes we wniesieniu przystąpienia i rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego oraz w

oddaleniu odwołania wniesionego przez odwołującego ze względu na fakt, że jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu, a jego oferta została oceniona najwyżej. Konsekwencją uwzględnienia ww. odwołania może być natomiast odrzucenie oferty przystępującego, mimo że czynność zamawiającego jest prawidłowa.

Powyższe w bezpośredni sposób wpłynie na poniesienie szkody czy też możliwość poniesienia szkody przez przystępującego, która przejawiać się będzie w braku możliwości uzyskania zamówienia i odrzucenia oferty wykonawcy. Tym samym, przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, po którego stronie przystępuje do postępowania.

Ponadto, celem przystępującego jest udział w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem przepisów prawa, a w szczególności ustawy.

15 października 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości,

Podniósł, że wnioski, które odwołujący formułuje na podstawie analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Zielony Świat Józef Jankowski, są całkowicie nieuzasadnione.

Zamawiający zacytował art. 224 ust. 6 ustawy. Pierwsza z przesłanek tego przepisu nie zachodzi, bo Józef Jankowski wyjaśnienia złożył. Natomiast druga z przesłanek nie została spełniona – po przeprowadzonej analizie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Józefa Jankowskiego zamawiający doszedł do wniosku, że zaoferowana cena za realizację przedmiotowego zamówienia nie może zostać zakwalifikowana jako cena rażąco niska.

Zamawiający przytoczył jak należy definiować cenę rażąco niską. Zamawiający doszedł do przekonania, że złożone wyjaśnienia są kompleksowe – obejmują wszystkie istotne elementy kosztotwórcze oraz pozwalają na uznanie zaoferowanych cen za ceny rynkowe. Wykonawca wykazał wszystkie istotne elementy składające się na koszty realizacji zamówienia, oraz załączył niezbędne dowody na potwierdzenie tez zawartych w wyjaśnieniach.

Wyjaśnienia ceny są wiarygodne i należyte udokumentowane, w związku z czym należało je uwzględnić. Wykonawca Zielony Świat wykazał wszystkie istotne elementy cenotwórcze zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego zakreślonymi w wezwaniu do wyjaśnień, uwzględnił wzrost cen towarów i usług, przyjął realne koszty pracy, które są kluczowym elementem tego zamówienia. Dodatkowo zakładany przez wykonawcę poziom zysku oraz przyjęty poziom kosztów, zdaniem zamawiającego gwarantuje prawidłową realizację zamówienia nawet w sytuacji, gdyby doszło do nieprzewidzianego wzrostu kosztów realizacji zamówienia.

Usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie realizowana przez krąg przedsiębiorców, którzy świadczą tego rodzaju usługi dla szerokiego grona odbiorców, posiadają stałe koszty prowadzenia działalności, które w związku z pozyskaniem kolejnego klienta pozostaną w zbliżonej do dotychczasowej wysokości.

Powołał wyrok Izby z dnia 26.04.2019 w sprawie KIO 686/19. Zamawiający wskazał, że cena oferty wykonawcy – Zielony Świat mieści się w szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia. Zamawiający przystąpił do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy Zielony Świat wyłącznie z tej przyczyny, że cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w tej części zamówienia. Nie bez znaczenia pozostaje również, iż tak wysoka średnia arytmetyczna spowodowana jest rażąco wysoką, nierynkową ceną złożoną przez jednego z wykonawców, która w nienaturalny sposób wygenerowała wysoką średnią cen.

Wskazane przez odwołującego zarzuty rzekomego niedoszacowania nie zostały poparte żadnymi dowodami, zostały wprowadzone przez odwołującego całkowicie dowolnie. Odwołujący wielokrotnie odnosi się do własnego doświadczenia w realizacji takich prac, jest to zabieg niewystarczający do wykazania (lub co najmniej uprawdopodobnienia) zarzutu rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju zabiegi wyłącznie pozornie wskazują na brak należytego wykazania realności ceny.

Zmiana rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny, nie wyłącza po stronie odwołującego obowiązku wykazania takiego zarzutu. Powołał wyrok KIO 2617/18 z dnia 21.01.2019 r. Brak podstaw do uznania, iż oferta wykonawcy Zielony Świat Józef Jankowski została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Jak słusznie zauważył odwołujący, zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy zamawiający wymaga, aby proces realizacji umowy – w tym proces gospodarowania odpadami – przebiegał zgodnie z obowiązującymi regulacjami.

W oparciu o złożoną ofertę oraz wyjaśnienia składane przez wykonawcę, które miały służyć wykazaniu rentowności przedsięwzięcia, nie sposób przyjąć, że w przyszłości, na etapie realizacji umowy, dojdzie do naruszenia przepisów ustawy o odpadach. Proces gospodarowania odpadami, ich przekazanie każdemu kolejnemu posiadaczowi odpadów – jest ściśle ewidencjonowany i podlega rejestracji na każdym etapie – od momentu wytworzenia odpadów do ich ostatecznego zagospodarowania. Ograniczenie kręgu wykonawców wyłącznie do podmiotów prowadzących działalność regulowaną w zakresie przetwarzania odpadów prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. W związku z tym zamawiający, w celu zapewnienia możliwie szerokiej konkurencji, stawia przed wykonawcami zobowiązanie do spełnienia minimalnych, koniecznych warunków wymaganych do realizacji zamówienia. Późniejsze gospodarowanie odpadami może być realizowane w wielu modelach, w granicach zakreślonych przez obowiązujące przepisy prawa, w tym w szczególności regulacje ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wymóg zamawiającego, aby sposób gospodarowania odpadami był zgodny z obowiązującymi regulacjami, musi być spełniony na etapie faktycznej realizacji

przedmiotu umowy, przez cały okres jej obowiązywania.

W związku z tym weryfikacja przyjętego przez wykonawcę sposobu gospodarowania odpadami, jest powiązana z etapem realizacji umowy.

Ustalenie, czy wykonawca lub podmioty trzecie, które będą brały udział w cyklu gospodarowania odpadami, posiada wymagane zezwolenia na wykonywanie danej czynności w procesie przemieszczania odpadów, na tym etapie jest więc przedwczesne.

Z powyższych przyczyn, zaprezentowany w ramach wyjaśnienia ceny oferty, planowany sposób postępowania z odpadami może być oceniany wyłącznie pod względem kosztowym – zamawiający nie może wymagać na tym etapie postępowania, aby podmioty biorące udział w gospodarowaniu odpadami już teraz posiadały wszystkie konieczne uprawnienia. Nie jest również wykluczone, że na etapie realizacji wykonawca zastosuje inną ścieżkę zagospodarowania odpadów, dostarczy je do innych odbiorców. Istotne jest, iż w ocenie zamawiającego przedstawiony przez wykonawcę poziom kosztów zagospodarowania odpadów jest realny, gwarantuje zabezpieczenie procesu gospodarki zgromadzonymi odpadami w sposób zgodny z obowiązującymi regulacjami.

W związku z powyższym, zarzuty podnoszone przez odwołującego, oparte na treści wyjaśnień ceny oferty, nie prowadzą do wniosku, iż oferta wykonawcy Zielony Świat Józef Jankowski wprowadza zamawiającego w błąd, jest niezgodna z warunkami zamówienia lub jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Jeżeli zamawiający nie wprowadził w SWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu wcześniejszego zastosowania sankcji w ramach realizacji innych umów.

16 października 2024 r. przystępujący Józef Jankowski wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał na treść wezwania i żądanie w zakresie wyjaśnień jakie zamawiający skierował do ZŚ:

„W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Do wyjaśnień należy załączyć kalkulację ceny oferty, zgodnie z załącznikami do pisma.”

Należy zatem uznać, że treść wezwania była bardzo ogólna, natomiast zamawiający żądał przedstawienia określonych danych w określony sposób. Bez wątpienia zaś przystępujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego wskazał wszystkie wymagane przez niego informacje oraz przedstawił kalkulacje zgodnie z załącznikiem jakiego wypełnienia żądał zamawiający. Jednocześnie przystępujący w treści wyjaśnień odniósł się do kalkulacji i założeń przyjętych w ramach każdej z wycenianych pozycji, opisując w jaki sposób i na jakiej podstawie dane koszty zostały skalkulowane wskazując przy tym na dowody do nich dołączone. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, że wyjaśnienia złożone przez ZŚ nie odpowiadają w pełni treści wezwania zamawiającego.

Argumenty podnoszone przez odwołującego sprowadzają się de facto do ogólnikowych twierdzeń co do niewykazania przez ZŚ realności ceny jego oferty brak jest natomiast w treści odwołania argumentów i dowodów mogących świadczyć o tym, że cena ta jest nierealna czy nie rynkowa. Odwołujący nie podejmuje nawet próby podważania założeń przyjętych przez przystępującego.

Konstrukcja wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie przesądza o tym jakie dowody i w jakiej postaci mają zostać złożone przez przystępującego. Stąd zdaniem przystępującego sposób wyjaśnienia jak załączone dowody są wystarczające do stwierdzenia realności zaoferowanej ceny. W odniesieniu do stawek wynagrodzenia pracowników wraz z opisanymi dodatkowymi kosztami, zwrócił uwagę, że przyjęte założenia znacznie przekraczają stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę co tylko świadczy o ich realności. Odwołujący nie podważa przy tym stawek wynagrodzenia, czy liczby pracowników skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Co do wyliczenia liczby kilometrów w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, przystępujący zaznaczył, że dokonał kalkulacji na podstawie posiadanej wiedzy i doświadczenia w realizacji tego typu usług oraz dokumentów zamówienia w tym wykazu ulic. Przystępujący podał te informacje zgodnie z żądaniem zamawiającego w sposób przez niego określony, zamawiający nie żądał przy tym wykazania, czy też udowodnienia przyjętych założeń, a ich przedstawienia w tabeli. Odwołujący zaś po raz kolejny nie podważa przyjętych założeń, czy też nie wskazuje jaka wartość w tym zakresie winna zostać przyjęta. To samo tyczy się kosztów samego transportu odpadów do miejsca docelowego.

Przyjęte koszty realizacji przedmiotu zamówienia zostały nie dość, że oszacowane na poziomie w pełni je pokrywającym, to wykonawca założył te koszty jeszcze na wyższym poziomie, aby w pełni, w przypadku nieprzewidzianych okoliczności je pokryć.

Odwołujący odniósł się również do umowy z Zakładem Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk wskazując przy tym, że umowa ta nie może stanowić podstawy do uznania, że cena za utylizację jest realna. Podkreślił, czego też odwołujący nie neguje, że umowa o współpracy wciąż obowiązuje, a stawki w niej wskazane wciąż są na określonym poziomie. Czy też nie neguje samej stawki wskazanej w tej umowie.

W ocenie przystępującego cała argumentacja odwołującego dotycząca rzekomej nierzetelności ZŚ i odnoszenie tej kwestii do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest niezasadna. Kwestia naliczenia kar umownych nie świadczy bowiem o niewłaściwej kalkulacji ceny oferty wykonawcy, może co najwyżej stanowić podstawę do wykluczenia przystępującego z postępowania o ile przewidzi on w treści dokumentów zamówienia fakultatywną przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, czego zamawiający nie uczynił w postępowaniu.

W odniesieniu do argumentacji dotyczącej rzekomego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co w pierwszej kolejności miałyby polegać na dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawcy, który w przeszłości nienależycie wykonał umowę w sprawie zamówienia publicznego. W pierwszej kolejności ZŚ po raz kolejny zaznacza, że ustawa reguluje kwestie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który nienależycie wykonał zamówienie w przeszłości i jak zaznaczył przystępujący, zamawiający w treści dokumentów zamówienia nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia odnoszącej się do takiej sytuacji.

Sam odwołujący wskazał, cytując wyrok Sądu Najwyższego w pierwszej kolejności należy, jeżeli chodzi o czyn nieuczciwej konkurencji szukać cech konkretnego deliktu szczególnego określonego w uzkn, a co najmniej opisać na czym miałyby polegać spełnienie hipotezy z art. 3 ust. 1 uzkn.

Odwołujący nie wskazał przy tym jakiego działania sprzecznego z prawem, czy też dobrymi obyczajami dopuścił się przystępujący składając ofertę. Można wręcz uznać, że odwołujący w działaniu zamawiającego upatruje tego czynu, wskazując na udzielenie zamówienia temu samemu wykonawcy, czy też wybór jego oferty. Wskazał na wyrok KIO z dnia 21 lutego 2024 r. KIO 410/24.

Na podstawie argumentacji wskazanej w treści odwołania nie sposób uznać na czym czyn nieuczciwej konkurencji miałyby polegać, jakie przepisy czy też dobre obyczaje zostały naruszone oraz na czym polegała ogólna szkoda spowodowana złożeniem oferty przez przystępującego, czego odwołujący nie wykazał.

Kolejnym elementem zarzutu w zakresie rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji jest zdaniem odwołującego wprowadzenie w błąd co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z przepisami o odpadach, której przestrzeganie ma wynikać z postanowień wzoru umowy w postępowaniu.

Wskazał, że dokonana przez odwołującego wykładnia przepisów ustawy o odpadach, stanowi tylko i wyłącznie opinię odwołującego brak jest na podstawie tak skonstruowanej argumentacji jednoznacznie przesądzić o tym, czy wskazany przez przystępującego podmiot jest uprawniony do odbioru odpadów od przystępującego. W ocenie ZŚ, Krajowa Izba Odwoławcza powinna oceniać zgodności postępowania, czy też zobowiązania Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk wobec przystępującego na gruncie przepisów ustawy o odpadach, gdyż rozstrzyganie tych kwestii leży poza zakresem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Ocena argumentacji odwołującego wymaga wiedzy specjalistycznej i znajomości innych przepisów dotyczących szeroko pojętych odpadów.

Nie sposób czynić przystępującemu zarzutu z posługiwania się umową, w której jego kontrahent wprost zobowiązał się do odbioru określonych odpadów komunalnych o określonym kodzie i zobowiązuje się jak w umowie:

„2. Odpady określone w ust. 1 przyjmowane będą po cenach określonych w aktualnym „Cenniku za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów w ramach świadczonych usług przez zakład Kształtowania Terenów Marek Włodarczyk , ul. Nasielska 26 , 05-140 Serock (załącznik nr 1 do umowy).

3. Dostawca oświadcza, iż posiada wpis do działalności regulowanej w zakresie transportu w/w odpadów.

4. Odbiorca oświadcza iż posiada wszystkie niezbędne zezwolenia na przyjmowanie odpadów o kodzie 20 03 01 (zmieszane odpady komunalne).”

Zatem to kontrahent składając określone oświadczenia, bierze na siebie odpowiedzialność za ewentualne działanie niezgodnie z przepisami ustawy o odpadach, natomiast dla przystępującego jak już wskazano znaczenie miało oświadczenie o możliwości odbioru odpadów i zapewnił ZŚ o posiadaniu odpowiednich zezwoleń.

Kolejnym argumentem przemawiającym za niezasadnością podnoszonego zarzutu jest fakt, że wymaganie zgodności z przepisami ustawy o odpadach zostało przewidziane na etap realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, poza tym postanowieniem, zamawiający nie przewidział w dokumentach zamówienia warunków, wymagań co do spełniania określonych przepisów z ustawy, czy też posiadania konkretnych zezwoleń do prowadzenia działalności, przekazywania odpadów w określone miejsce, stąd zarówno nie sposób uznać, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, czy też, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak już wskazał przystępujący przedstawiony przez odwołującego wywód wcale nie dowodzi jednoznacznie, że podmiot, z którym ZŚ ma zawartą umowę nie może odbierać odpadów powstałych podczas realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto nie jest wykluczone i nie można tego przewidzieć, czy na etapie realizacji przedmiotu zamówienia podmiot ten, nawet jeśli nie posiadałby stosownych zezwoleń obecnie, będzie je posiadał. Zatem brak jest jakichkolwiek podstaw faktycznych, czy też prawnych aby ocenić zdarzenia przyszłe i niepewne, które nie sposób stwierdzić, że wystąpią w przyszłości. W tej sytuacji w przypadku nieprawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie zawartej

umowy, zamawiającemu ewentualnie przysługiwać będą uprawnienia i sankcje względem Przystępującego określone w umowie.

Ponadto jeżeli okazałoby się, że przystępujący nie może skorzystać z usług podmiotu, z którym ma zawartą umowę w określonym w niej zakresie, to na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, zawsze może skorzystać z usług innego podmiotu. Bez wątpienia jednak stawka za te usługi nie będzie odbiegała od wskazanego w umowie poziomu cen, których odwołujący w treści odwołania nie neguje.

Co do przedstawionej przez odwołującego interpretacji przepisów ustawy o odpadach wskazał, że stanowi ona jedynie opinię odwołującego co rozumienia przepisów ustawy o odpadach. Podmiot prowadzący stację przeładunkową, którym jest Zakład Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk, może na gruncie ustawy o odpadach odbierać odpady od podmiotów trzecich, bowiem w obowiązujących przepisach nie ma takiego zakazu. Zakaz zbierania odpadów określony w art. 23 ust. 2 pkt 5) ustawy o odpadach, dotyczy co prawda zakazu zbierania odpadów komunalnych poza miejscem ich wytworzenia jednak jak słusznie zauważył odwołujący w art. 23 ust. 10 wskazano:

„10. Zakazu, o którym mowa w ust. 2, nie stosuje się do zbierania odpadów, o których mowa w ust. 2 pkt 5 i 6, w stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

- 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub
- 2) prowadzącego instalację komunalną, lub
- 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów”

Przepis nie odnosi się jak twierdzi odwołujący do rodzaju odbieranych odpadów, zatem wyłączenia zakazu dotyczącego tylko i wyłącznie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a jest to wyłączenie podmiotowe zakazu, zatem stacja przeładunkowa będąca podmiotem odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości może odbierać odpady komunalne o kodzie 200301, które to odpady nie są rozróżniane w przepisach na te pochodzące z koszy ulicznych czy od właścicieli nieruchomości. Na podmiotowe wyłączenie stosowania art. 23 ust. 2 pkt 50 wskazuje zatem wprost treść przytoczonego przepisu, bowiem chodzi o „stację przeładunkową prowadzoną przez(...)”. Mając na względzie powyższe należy uznać, że przedstawiona przez odwołującego interpretacja przepisów jest wybiórcza i dostosowana na potrzeby postawionej tezy, nie jest ona przy tym poparta żadną wykładnią dokonaną przez organ uprawniony, czy też chociażby wyrokiem sądu administracyjnego.

KIO 3573/24

19 września 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej na zadania IV i V.

30 września 2024 r. wykonawca Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 19 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 7 maja 2021 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 18 ust. 1-3 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 j.t. ze zm.), dalej jako „uznk”, w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy przez zaniechanie ujawnienia dokumentów nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę – Dawida Mroza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AREA Dawid Mróz (dalej „Area”), jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. pełnej treści wyjaśnień ceny z 19 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami, mimo że Area nie wykazał wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia, jak również zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co powinno skutkować ich odtajnieniem w całości przez zamawiającego;

ewentualnie:

art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Area mimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że zaoferowana zamawiającemu cena ma charakter rynkowy i pozwala mu na zrealizowanie usługi zgodnie z warunkami zamówienia, a także na wypracowanie odpowiedniego zysku;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 przez błędną ocenę przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez Area samooczyszczenia i uznanie, że podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, gdy tymczasem Area, który uprzednio dopuścił się zмовы przetargowej, za co został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadal kontynuuje współpracę z podmiotem, z którym zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, co czyni przedłożone zamawiającemu w ramach procedury samooczyszczenia środki naprawcze pozornymi, mającymi na celu jedynie formalne wykazanie spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy, podczas gdy w rzeczywistości Area nie podjął środków, które są odpowiednie dla zapobiegania podobnym nieprawidłowościom w przyszłości, co powinno prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a w

konsekwencji do odrzucenia jego oferty.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części IV i V zamówienia;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach części IV i V zamówienia, a w ramach tego:
 - a. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów objętych przez Area ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. pełnej treści wyjaśnień ceny z 19 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami,
 - b. względnie (w przypadku uznania zarzutu z pkt 1 petitum odwołania za niezasadny) odrzucenia oferty Area na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy,
 - c. odrzucenia oferty Area na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy;
3. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. V.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą i złożył w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w ramach części IV zaś w ramach części V na trzecim, ale ostatecznie (po odrzuceniu oferty Zielony Świat Józef Jankowski) na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

Dokonanie w sposób nieprawidłowy czynności badania skuteczności zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Area pozbawia odwołującego przede wszystkim możliwości weryfikacji poprawności poczynionych przez Area założeń kalkulacyjnych i realności zaoferowanej ceny, a w konsekwencji uniemożliwia to ocenę działań samego zamawiającego dotyczących oceny złożonych dokumentów i wyboru oferty wykonawcy Area jako najkorzystniejszej w ramach części IV i V zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do braku uzyskania oraz wykonywania zamówienia, co stanowi materialną szkodę odwołującego. Uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu zapoznanie się ze złożonymi przez Area wyjaśnieniami, zgodnie z zasadą jawności i przejrzystości.

Skuteczność wykazania interesu we wniesieniu odwołania w przypadku bezzasadności utajnienia dokumentów, potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, m.in.:

- 1) w wyroku z 24 listopada 2015 r. sygn. KIO 2446/15;
- 2) w wyroku z 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1535/14.

Dodatkowo, zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, wobec którego są spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, który nie dokonał skutecznego samooczyszczenia i który nie może być uznany za rzetelnego wykonawcę, a zatem nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu uzyskania zamówienia.

Szkoda po stronie odwołującego odpowiadać więc będzie co najmniej zyskowi, jaki odwołujący osiągnąłby, gdyby to jemu zostało udzielone zamówienie.

Pismem z 12 sierpnia 2024 r. zamawiający wezwał Area do wyjaśnień ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wysokości zaoferowanej ceny w ramach IV i V części zamówienia.

Zamawiający wskazał, że: „Do wyjaśnień należy załączyć kalkulację ceny oferty, zgodnie z załącznikami do pisma”.

19 sierpnia 2024 r. Area odpowiedział na wezwanie zamawiającego, składając wyjaśnienia wraz z sześcioma dowodami.

Dotyczy to zarówno IV, jak i V części zamówienia.

Area zastrzegł szczegółowe wyliczenia ceny swojej oferty jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, co w praktyce oznacza, że cała merytoryczna treść wyjaśnień została utajniona. Wykonawca nie objął zastrzeżeniem jedynie ogólnych zapewnień co do realności i rynkowości zaoferowanej ceny, swojego doświadczenia, informacji o niekorzystaniu z pomocy publicznej lub podwykonawców, a także deklaracji co do prawidłowego skalkulowania kosztów pracy i poszanowania przepisów ochrony środowiska. Poza ogólnikowymi zapewnieniami w tym zakresie, jawna część wyjaśnień nie zawierała jakichkolwiek danych, które pozwalałyby na zweryfikowanie i potwierdzenie tych założeń i deklaracji.

Zamawiający, mając na uwadze zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie, w tym między innymi wtedy, gdy zainteresowany wykonawca zastrzeże, że informacje nie mogą być one udostępniane oraz wykaże, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższe oznacza, że w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko zastrzeżenie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również – prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca nie wykazał

zaistnienia wszystkich wskazanych powyżej przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec tego dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy spoczywa na zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 ustawy, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z poglądami doktryny: „W orzecznictwie KIO ugruntowało się stanowisko, że wymóg wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza, że nie składając wyjaśnień, a także w niezbędnym zakresie stosownych dowodów wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z ochrony informacji, które uprzednio, poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 ZNKU (tak wyr. KIO z 28.4.2016 r.: KIO 545/16, Legalis; KIO 563/16, Legalis oraz z 3.4.2015 r., KIO 561/15, Legalis; z 28.8.2015 r., KIC 1730/15, Legalis). Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych – zob. wyr. SO w Przemyślu z 11.5.2015 r., I Ca 131/15, niepubl.” (M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 6, 2018 r.).

Stanowisko to zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 291/15;
- 2) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 2475/16.

Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 uznk. Z całą pewnością Area tych przesłanek nie wykazał.

Złożone przez Area uzasadnienie tajemnicy, choć są rozbudowane, to jednak ogólne w swej treści i w żaden sposób nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia – całej merytorycznej treści wyjaśnień, w szczególności kalkulacji ceny i załączników do wyjaśnień. W uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa Area przedstawił pozbawione konkretów wyjaśnienia, których w żaden sposób nie można uznać za wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy.

Zastrzeżenie tajemnicy przedstawione w postępowaniu jest w swej treści na tyle uniwersalne, że może równie dobrze być bez modyfikacji użyte w innych postępowaniach do zastrzeżenia innych wyjaśnień ceny i innych dowodów. Przy ogólnym zastrzeżeniu i zapewnieniach o wartości gospodarczej wykonawca zastrzegł np. całość kalkulacji ceny, nie wskazując, jakie konkretnie informacje zawarte w tym dokumencie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że za nieuzasadnione należy uznać dokonanie zastrzeżenia całości merytorycznej części wyjaśnień ceny, w sytuacji, gdy mogą one zawierać (i z całą pewnością zawierają, bo przyznaje to sam wykonawca Area na stronie 6 „Uzasadnienia objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa”) także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, że w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy. Tak m.in.:

- 1) w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1229/15;
- 2) w wyroku z 24 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 242/17.

Zamawiający nie ma obowiązku oceniać która z informacji i który z dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a który nie, gdyż jest to zdanie wykonawcy. Tak m.in. w wyroku KIO z 29 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1670/22.

Z ww. orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zastrzeżenie całości dokumentów w sytuacji, gdy poszczególne informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że konsekwencje tak szerokiego zastrzeżenia obciążają wykonawcę.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności całości dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań zamawiającego polegających na ocenie prawidłowości wyceny oferty Area, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Skuteczność dokonanego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa negatywnie ocenił zresztą sam zamawiający, który w swoim piśmie z 5 sierpnia 2024 r. wskazał, że: „zastrzeżenie w całości treści wyjaśnień, narusza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. [...] Zdaniem zamawiającego „Uzasadnienie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa” jest niewystarczające dla uznania, że cała treść wyjaśnień (dla cz. IV i V) z 19.08.2024 r. i wszystkie załączniki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”.

Zamawiający powinien był więc dokonać odtajnienia złożonych przez Area wyjaśnień ceny w całości, czego jednak nie uczynił. Zamiast tego zamawiający, niejako za wykonawcę, podjął próbę ustalenia, które informacje mogą podlegać utajnieniu. Finalnie zamawiający wskazał, że: „w wyjaśnieniach odtajniono informacje, które wprost wynikają z zapisów SWZ lub treści wezwania o udzielenie wyjaśnień dot. ceny oferty. Ponadto odtajniono informacje ogólnodostępne, takie

jak orzecznictwo KIO lub cena worka w supermarkecie lub informacje odnoszące się do właściwości ogólnych Wykonawcy, charakterystycznych dla większości wykonawców świadczących tego typu usługi na zbliżoną skalę, ogólnie przyjętych zasad kalkulowania cen, informacje oczywiste – wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, informacje o PPK, średniej liczbie roboczogodzin w miesiącu, wysokości dodatku za pracę w godzinach nocnych w ujęciu procentowym itp.". Zamawiający nie odtajnił natomiast wszelkich danych liczbowych i cen, które Area wskazał w ramach swoich wyjaśnień, jak również całości załączników 15, które były dołączone do wyjaśnień. Odtajniony został jedynie załącznik nr 6, który stanowił paragon ze sklepu Pepco na zakup jednego opakowania worków na odpady (10-pak). Odwołujący nadal nie ma więc możliwości zweryfikowania poczynionych przez Area założeń kalkulacyjnych, a tym samym realności zaoferowanej zamawiającemu ceny.

Odwołujący, choć popiera stanowisko zamawiającego co do braku podstaw do utajnienia całej merytorycznej części wyjaśnień ceny, to uważa, że czynność odtajnienia, jaką podjął zamawiający, obejmowała zbyt wąski zakres, a tym samym zamawiający niewłaściwie ocenił skuteczność dokonanego przez Area zastrzeżenia szczegółowej treści wyjaśnień jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa, w szczególności mając na uwadze treść dokumentu „Uzasadnienie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa”.

W ocenie odwołującego dokonana przez zamawiającego ocena skuteczności wyjaśnień ceny nastąpiła w oparciu o wyobrażenie własne zamawiającego co do tego, jakie informacje mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a nie w oparciu o argumenty przedstawione przez Area i to, w czym Area upatruje wartości gospodarczej zastrzeganej informacji.

Odwołujący zwrócił uwagę na ten aspekt, ponieważ jego zdaniem Area nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych przez siebie informacji, a cała próba utajniania wyjaśnień i załączonych do nich plików podyktowana była wyłącznie chęcią uniemożliwienia innym wykonawcom zweryfikowania poprawności i rzetelności złożonych wyjaśnień.

Przed wszystkim uszło uwadze zamawiającego to, w czym tak naprawdę Area upatrywał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, tj. w metodologii kalkulowania ceny ofertowej („przyjęty sposób kalkulacji zawartej w ofercie ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa mającą dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą”), co podkreślone jest w kilku miejscach wyjaśnień.

W ramach przedłożonych zamawiającemu wyjaśnień ceny Area nie przedstawiał „przyjętego przez siebie” sposobu kalkulacji ceny, nie przedstawiał własnej metodologii kalkulowania ceny. Zasadniczo bowiem wyjaśnienia ceny złożone przez Area (odwołujący referuje tu do części, która nie została mu udostępniona) sprowadzały się do uzupełnienia tabel, które przygotował sam zamawiający (vide: załącznik do wezwania do wyjaśnień ceny) o określone dane liczbowe i ceny. Zdaniem odwołującego trudno tu w ogóle mówić o jakiegokolwiek metodologii kalkulowania ceny ofertowej, a tym bardziej o metodologii Area, skoro schemat udzielania wyjaśnień został narzucony wykonawcy przez samego zamawiającego. Nie stanowi to więc żadnego know-how Area. Co więcej, schemat ten nie ma waloru uniwersalnego, właściwego tylko Area, skoro jego autorem jest zamawiający, tym bardziej że został on przygotowany specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Co więcej, według tego samego schematu wyjaśnienia ceny budował także inny wykonawcy – Zielony Świat, którego zamawiający również zobowiązał do złożenia wyjaśnień ceny. Za całkowicie gołosłowne należy przy tym uznać twierdzenia Area co do możliwości odtworzenia przez jego konkurentów (na podstawie wyjaśnień) „stosowanych przez wykonawcę algorytmów i wyliczeń stawek”, bowiem schematy wyliczeń wynikają wprost z konstrukcji tabel, jakie przygotował zamawiający. Udostępnienie tych danych wykonawcom, w tym odwołującemu, w żaden więc sposób nie osłabi pozycji Area na rynku i nie umożliwi wykonawcom estymacji cen Area w innych, przyszłych postępowaniach przetargowych, w których kalkulacja ceny ofertowej będzie opierała się na innych dokumentach zamówienia i innej metodologii.

Za całkowicie nieprzekonujące należy więc uznać twierdzenia Area o wartości gospodarczej utajnionych informacji. W orzecznictwie podkreśla się z kolei, że kalkulacje cenowe, co do których nie wykazano unikatowego charakteru, właściwego jednemu wykonawcy, nie mogą być skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tak na przykład wskazywała Izba w wyroku z 24 stycznia 2024 r sygn. akt: KIO 10/24.

Podobnie za nieprzekonujące, a przede wszystkim za gołosłowne, należało uznać twierdzenia Area o potencjalnych próbach podkupowania członków personelu Area, co miało uzasadniać utajnienie kalkulacji i przedwstępnych umów o pracę. Przywołał wyrok z 24 czerwca 2024 r, sygn. akt: KIO 1902/24. Podobnie, w wyjaśnieniach Area, próżno szukać jakiegokolwiek informacji co do ewentualnych wcześniejszych doświadczeń wykonawcy w zakresie ewentualnych prób „podkupowania” jego pracowników przez konkurencję, jak również szczegółowego wyjaśnienia, jakie środki podejmuje sam wykonawca, aby zapobiec „odpływaniu” pracowników.

Odwołujący stoi na stanowisku, że same dane liczbowe i ceny wskazane w wyjaśnieniach Area i tabelach przygotowanych przez zamawiającego nie stanowią żadnego know-how wykonawcy, zwłaszcza że konkretne kwoty i dane liczbowe zawsze są wynikiem tego, jak ukształtowane są dokumenty zamówienia.

Należy bowiem rozróżniać pojęcia „know-how” od pojęcia „know about”, na co zwraca się uwagę w orzecznictwie: „Sąd

Okręgowy wskazuje, że Know How (z ang. „wiedzieć jak”) – to informacje o sposobie produkcji. Dotyczą one zawartości poszczególnych składników w produkcie finalnym lub w określonej fazie przerobu, sposobów łączenia poszczególnych elementów w całość, również metod technicznych związanych już z opatentowanymi procesami i wyrobami, niezbędnych do praktycznego wykorzystania patentów i wdrożenia ich do produkcji. Pojęcie to określa także wiedzę techniczną i specjalne właściwości odkryte przez producenta w rezultacie prowadzonych przez siebie badań, a nie znane konkurencji. Przedstawione w słownikach definicje know-how obejmują wiedzę specjalistyczną oraz zwykłe czynności manualne. Terminologia Know How w literaturze fachowej określane jest jako zespół doświadczeń, wiedzy technicznej i pozatechnicznej, które mają charakter poufny. Charakteryzuje się możliwością zidentyfikowania i opisu oraz możliwością potencjalnego bądź rzeczywistego praktycznego wykorzystania w działalności gospodarczej. Termin jest często zastępowany zwrotem „tajemnica gospodarcza”. Rodzaje know-how: techniczne dotyczące zagadnień produkcyjnych, handlowe, rozumiane jako doświadczenia w dziedzinie obrotu towarowego lub usług, pozwalające osiągnąć przewagę nad konkurencją, organizacyjne mówiące o strukturze wewnętrznej zarządzania, a także o metodach organizacji pracy, czy wysokości wynagrodzeń, finansowym, określającym metody wewnętrznej sprawozdawczości, zasady analiz finansowych, czy też zdolności kredytowej lub handlowej przedsiębiorstwa. W ocenie Sądu Okręgowego informacje jakie zostały bezpodstawnie utajnione mieściły się w ramach pojęcia „know – about”, po polsku można to przetłumaczyć jako „wiedzieć o”. Takie pojęcie wprawdzie nie występuje jako termin techniczny, Sąd jednak przywołuje je w sposób świadomy, w celu unaocznienia różnicy między tym czego oczekiwał odwołujący, a tym co subiektywnie i błędnie uznawali Skarżący. Odwołujący nie chciał bowiem znać zagadnień dotyczących sposobu produkcji pojazdu trakcyjnego, czy też metod i parametrów technicznych poszczególnych jego elementów, niezbędnych do praktycznego ich wykorzystania i zastosowania w produkcji. Nie oczekiwał także ujawnienia wiedzy specjalistycznej czy nawet zwykłej wiedzy dotyczącej montażu poszczególnych ich elementów. Odwołujący oczekiwał, że każdy z oferentów poda jakie jest zużycie energii elektrycznej według wzoru – tam i z powrotem $E + E_r$ oraz średnia arytmetyczna. Nie wymagał natomiast „wyjawienia tajemnicy” w jaki sposób każdy z producentów doszedł do takiego wyniku. Z samej zaś wartości zużycia energii nie można wysnuć wniosku o możliwości poznania sposobu produkcji i zastosowanej technologii, aby daną wartość uzyskać. [...] Identycznie przemyslenia sądu dotyczą masy pojazdu. Czy z faktu poznania wagi pojazdu można ustalić coś więcej na temat zastosowanych w nim rozwiązań technicznych i technologicznych, w celu osiągnięcia efektu w postaci „konkurencyjnej” (czytaj niższej niż innych oferentów) wagi. Odwołujący nie oczekiwał informacji jakie materiały użyte zostały do zbudowania pojazdu i w których miejscach je zastosowano, nie oczekiwał także informacji w jaki sposób materiały/części te stworzyły efekt finalny i jaką technologię montażu stosowano, aby zbudować pojazd trakcyjny o określonej masie własnej.” (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 czerwca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 95/18). Powyższy wyrok, choć dotyczący informacji technicznym, można z powodzeniem przełożyć na grunt tej sprawy.

W tym stanie faktycznym metodologia kalkulowania ceny ofertowej (a na pewno budowania wyjaśnień ceny) została narzucona wykonawcom. Sama wiedza o tym, jaką stawkę za godzinę pracy pracownika przyjął Area, jaką cenę paliwa kalkuluje, czy po jakiej cenie dokonuje zakupu worków lub zagospodarowuje odpady, jest tylko daną liczbową, które nie ma sama w sobie wartości gospodarczej. Co do informacji dotyczących kontrahentów Area i warunków współpracy z nimi, to wykonawca utajniał całość dokumentów (faktura za ubrania, pojedynczy paragon za worki, oferta utylizacji odpadów, oferta sprzedaży wkładów), a nie chronił jedynie dane swoich kontrahentów. Co więcej, w żadnym momencie Area nie wskazywał nawet, że w ramach wzajemnych uzgodnień stron warunki współpracy z kontrahentami i dane samych kontrahentów miały rzeczywiście pozostawać w poufności, co tym bardziej wskazywałoby na nieskuteczność dokonanego przez Area zastrzeżenia. Podobnie za niezasadną należy uznać próbę utajnienia załącznika w postaci grafika pracy, który to dokument (przykładowy, jak zaznacza sam wykonawca) został przygotowany w oparciu o warunki tego konkretnego postępowania, a więc dokument ten nie ma charakteru uniwersalnego. Za wątpliwe należy przy tym uznać twierdzenie Area co do samego zagrożenia wystąpienia szkody w majątku wykonawcy, jak i jej wysokości. Area wskazuje, że „według wyliczeń Wykonawcy przygotowanie oferty oraz niniejszych wyjaśnień w zakresie ceny, (zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie dziewięciu zadań w ramach postępowania), pochłonęło ponad 34 godzin pracy personelu wykonawcy oraz zewnętrznej kancelarii prawnej, udzielającej wsparcia merytorycznego”, gdy tymczasem zamawiający wzywał Area do wyjaśnień w zakresie dwóch części zamówienia, a samo postępowanie podzielone jest na 6 części, a nie dziewięć, jak wskazał Area. Powyższe wskazuje na to, że próba wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jest iluzoryczna i wskazywana jest w sposób automatyczny w kolejnych wyjaśnieniach ceny, jakie dla poszczególnych zamawiających składa Area, przy czym wyliczenia te nie mają nic wspólnego z rzeczywistością. Zresztą, nie sposób uznać, na jakiej podstawie i w oparciu o jakie dane, Area wyliczył, że „informacje dotyczące kalkulacji ceny oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny posiadają wartość powyżej 5 milionów złotych. Estymacja poczyniona przez wykonawcę opiera się na zgrubnym tylko wyliczeniu potencjalnie utraconych kontraktów, do których odnosi się treść wyjaśnień AREA”, skoro po pierwsze udostępnienie innym wykonawcom utajnionych danych nie pozbawi Area możliwości ubiegania się o kolejne zamówienia, a po drugie – nie pozwoli to

konkurentom na uzyskanie takiej wiedzy o przedsiębiorstwie Area, która miałaby charakter uniwersalny, możliwy do przełożenia na kolejne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołującemu nie została udostępniona najistotniejsza część wyjaśnień ceny z 19 sierpnia 2024 r. Powyższe uniemożliwia odwołującemu szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień Area i kalkulacji ceny dokonanej przez tego wykonawcę. Odwołujący nie ma możliwości zweryfikowania, czy wykonawca poczynił prawidłowe założenie kalkulacyjne w ramach swojej ceny ofertowej. Bez zapoznania się z całością wyjaśnień nie jest możliwe dokonanie pełnej weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej oraz jej poszczególnych części składowych i postawienie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Niemniej w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Area, Odwołujący zarzucił, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co powinno skutkować jej odrzuceniem. Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez Area nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy.

W świetle dyspozycji art. 224 ust. 6 ustawy, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy rodzi domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 224 ust. 5 ustawy, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Odwołujący powołał się na Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14 marca 2017 r, sygn. akt XXIII Ga 967/16.

Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciążące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 224 ust. 6 ustawy, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Area uznając, że wykonawca wykazał, że zaoferowana przez niego cena oferty, w tym poszczególne części składowe, jest realna i pozwala mu na świadczenie usługi z zyskiem.

Zamawiający powinien szczególnie skrupulatnie zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić, na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter zaoferowanej ceny, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Powołał wyrok KIO z 8 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1826/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13.

Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Składając wyjaśnienia Area zobowiązany był do udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie tego elementu przedmiotu zamówienia oraz że zachodzą po jego stronie obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny do zaoferowanego poziomu. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

W przypadku, gdy wyjaśnienia Area są ogólnikowe, nie zawierają dowodów potwierdzających szczególne uwarunkowania wykonawcy względem jego konkurentów, w tym nie zawierają kompletu dowodów na potwierdzenie realności założeń kalkulacyjnych, to tego rodzaju wyjaśnienia powinny być uznane za niewystarczające w świetle art. 224 ust. 6 ustawy.

Niezależnie od tego odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności świadczące o tym, że cena zaoferowana przez Area ma charakter ceny rażąco niskiej. Zamawiający powinien był zwrócić uwagę między innymi na:

1) przyjęcie przez Area zaniżonej liczby kilometrów, jaką w miesiącu będą musiały pokonać pojazdy realizując usługę w ramach części IV i V zamówienia – twierdzenia Area o optymalizacji tras przejazdów należy uznać za gołosłowne, bowiem na powyższą okoliczność wykonawca nie przedłożył żadnego dowodu (np. harmonogramu tras – analogiczny dowód został przedłożony na poparcie twierdzeń dotyczących optymalizacji kosztów zatrudnienia. W przypadku tras przejazdu taki dowód już nie został przedłożony, co wskazuje na niedoszacowanie liczby kilometrów, jaką będą pokonywały pojazdy). Tylko w jednym miesiącu auta przeznaczone do realizacji zamówienia w każdej z części pokonują ponad 5 tys. km;

2) zgodnie z treścią wyjaśnień ceny wykonawca Area zakłada wykorzystywanie worków tylko w niektórych lokalizacjach, a

„w większości natomiast śmieci są bezpośrednio opróżniane na pojazd”, co oznacza, że wykonawca będzie musiał podjechać bezpośrednio pod każdy pojemnik do gromadzenia odpadów, co przekłada się na zwiększone koszty paliwa i większą eksploatację pojazdu oraz zwiększoną ilość przepracowanych godzin przez pracowników;

3) brak dowodów potwierdzających przyjęte przez Area założenia co do kosztów paliwa – pomimo tego, że wykonawca wskazuje w swoich wyjaśnieniach, że nabywa paliwo w stałym źródle z rabatami, to nie przedkłada na tę okoliczność żadnego dowodu, a koszt zakupu litra paliwa został ustalony w oparciu o niezdefiniowane kryteria;

4) nieuwzględnienie w kalkulacji kosztów „chorobowego” pracowników – pomimo tego, że na stronach 12 i 13 wyjaśnień ceny, wykonawca wskazuje dodatkowe koszty, jakie ciążą na pracodawcy w związku z zatrudnieniem pracowników w oparciu o umowę o pracę (np. urlopy, udział pracownika w PPK), to nie uwzględnił już kosztów, jakie wiążą się z ewentualnym korzystaniem przez pracownika z zasiłku chorobowego – koszt ten wyniesie ok. 44 tys. złotych na cały okres realizacji zamówienia w rejonie V, a w rejonie IV 49 tys. złotych;

5) nieuwzględnienie w kalkulacji kosztów pracowników wydatków związanych z koniecznością zapewnienia pracownikom posiłków regeneracyjnych – wykonawca Area ogranicza się w swojej kalkulacji do wskazania kosztów odzieży roboczej, rękawiczek, worków i wody, ale pomija już koszt posiłków regeneracyjnych, który wynosi ok. 11 zł za posiłek;

6) nieuwzględnienie w kalkulacji wymiany wkładów przez cały okres trwania umowy – wkłady ulegają bardzo szybkiemu zużyciu i z doświadczeń odwołującego wynika, że ok 25% wkładów w ciągu roku należy wymienić – co przekłada się na koszt ok. 28 tys. złotych na cały okres realizacji zamówienia w rejonie V, a 32 tys. złotych w rejonie IV;

7) wadliwe oszacowanie ilości pracowników.

W ocenie odwołującego, prawidłowo skalkulowana cena za świadczenie usług w ramach części V zamówienia, nawet przyjmując wyjątkowo korzystny (choć mało prawdopodobny) wariant możliwości zatrudnienia przez wykonawcę pracowników w oparciu o minimalną wysokość wynagrodzenia, jaka wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, to oferta wykonawcy powinna pokrywać koszty w następującej wysokości:

Tab.1.1 Podsumowanie kosztów bez zysku, kosztów stałych, podatku dochodowego

1.I. Opróżnienie koszy + interwencyjne opróżnienie koszy 175 024,86 zł

2.II. Przetawienie koszy 22 630,47 zł

4.Razem netto 2 197 655,33 zł

5.VAT 8% 175 812,43 zł

6.RAZEM brutto 2 373 467,75 zł

1,78 zł

1,65 zł

Tymczasem Area zaoferował zamawiającemu realizację zamówienia za łączną kwotę 2 120 665,41 zł brutto, co oznacza, że cena ta nie pozwala na pokrycie przez Area wszystkich kosztów, jakie są niezbędne do zrealizowania usługi zgodnie z wymogami zamawiającego postawionymi w SWZ, a dodatkowo na wypracowanie odpowiedniego zysku.

Dokładnie z taką samą sytuacją mamy do czynienia w przypadku IV części zamówienia, gdzie oferta wykonawcy powinna pokrywać koszty w następującej wysokości (przy tych samych, wyjątkowo korzystnych założeniach, co wskazane w pkt 10 powyżej):

Tab.1.1 Podsumowanie kosztów bez zysku, kosztów stałych, podatku dochodowego

1.I. Opróżnienie koszy + interwencyjne opróżnienie koszy 2 728 081,52 zł

2.II. Przetawienie koszy 22 630,47 zł

4.Razem netto 2 750 711,98 zł

5.VAT 8% 220 056,96 zł

6.RAZEM brutto 2 970 768,94 zł

2,05 zł

1,90 zł

Tymczasem Area zaoferował zamawiającemu realizację zamówienia za łączną kwotę 2 304 800,57 zł brutto, co oznacza, że cena ta nie pozwala na pokrycie przez Area wszystkich kosztów, jakie są niezbędne do zrealizowania usługi zgodnie z wymogami zamawiającego ostawionymi w SWZ, a dodatkowo na wypracowanie odpowiedniego zysku.

Wobec powyższego, należy uznać, że oferta Area powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że względem Area są spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w przepisie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, co ujawnił sam wykonawca w złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ:

Zgodnie z oświadczeniem Area wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczania.

Jest to już kolejna próba przeprowadzenia przez Area procedury samooczyszczania. Pierwsza z nich, okazała się być nieskuteczna, a oferta Area została odrzucona. Powołał wyrok z 29 maja 2024 r., sygn. akt: KIO 1607/24.

W ramach wyjaśnień złożonych zamawiającemu w tym postępowaniu Area ponownie deklaruje, że zerwał współpracę gospodarczą z Panem Danielem Mrozem. Zgodnie z treścią wyjaśnień: „Wykonawca oświadcza, że wykonując porozumienie z 5 sierpnia 2023 r., zawarte z Panem Danielem Mrozem, w dniu 4 czerwca 2024 r. wypowiedział umowę najmu zamiatarki z 30 czerwca 2023 r. oraz skierował pismo do Pana Daniela Mroza o raku możliwości udostępniania jakichkolwiek zasobów przez Wykonawcę w ramach procedur o udzielenie zamówienia publicznego. Zrywając w ten sposób jakiegokolwiek więzi gospodarcze z Panem Danielem Mrozem.”.

Odwolujący wskazał jednak, że samo formalne wypowiedzenie umowy najmu jednego pojazdu nie świadczy o zerwaniu współpracy z podmiotem, z którym Area uprzednio zawarł porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. Podobnie za niewystarczające należy uznać pouczenie Pana Daniela Mroza o braku możliwości udostępniania mu zasobów na potrzeby ubiegania się przez niego o kolejne zamówienia publiczne. Warunkiem skutecznego przeprowadzenia przez Area samooczyszczenia było bowiem faktyczne zaprzestanie jakiegokolwiek współpracy gospodarczej między dwoma podmiotami, co jednak, pomimo poczynionej przez Area deklaracji, nie nastąpiło.

Choć Area zadeklarował zamawiającemu, że zerwał całkowicie więzi gospodarcze, jakie łączyły go z Panem Danielem Mrozem, to więź ta istnieje. Niezależnie od tego, czy wykonawcy łączą jakiegokolwiek umowy o współpracy (więź formalna czy prawna), to współpraca ta ma na pewno wymiar faktyczny – floty pojazdów obu wykonawców stacjonują na tej samej bazie transportowej i według najlepszej wiedzy odwołującego wykonawcy, na potrzeby realizowanych przez siebie działań, współdzielą całą flotę pojazdów.

W ocenie odwołującego faktyczne kontynuowanie współpracy pomiędzy Area a Panem Danielem Mrozem, mimo czynionych deklaracji i zawartych porozumień o zerwaniu współpracy, oznacza, że czynności podjęte przez Area w ramach samooczyszczenia nie miały charakteru realnego, tylko pozorny. W rzeczywistości bowiem Area nie zerwał współpracy gospodarczej z podmiotem, z którym uprzednio zawarł porozumie ograniczające konkurencję. Tym samym nie ziszczyły się przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a) ustawy.

To z kolei oznacza, że Area podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. art. 111 pkt 4 ustawy, co powinno także skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy.

1 października 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

4 października 2024 r. do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił Dawid Mróz prowadzący działalność Area Dawid Mróz z siedzibą w Starym Mystkówcu 54B. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z 2 października 2024 r. do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie według przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej KIO). Przystępujący wskazał na bezzasadność argumentów podniesionych przez odwołującego i w tym zakresie popiera dokonany przez zamawiającego wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zarzut w postaci zaniechania odtajnienia oferty przystępującego oraz ewentualny odrzucenia oferty przystępującego jest niezasadny i nie znajduje pokrycia w stanie faktycznym sprawy. Przystępujący ma interes we wniesieniu przystąpienia i rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego oraz w oddaleniu odwołania wniesionego przez odwołującego ze względu na fakt, że jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu, a jego oferta została oceniona najwyżej. Konsekwencją uwzględnienia ww. odwołania może być natomiast odrzucenie oferty przystępującego, mimo że czynność zamawiającego jest prawidłowa.

Powyższe w bezpośredni sposób wpłynie na poniesienie szkody czy też możliwość poniesienia szkody przez przystępującego, która przejawiać się będzie w braku możliwości uzyskania zamówienia i odrzucenia oferty wykonawcy. Tym samym, przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, po którego stronie przystępuje do postępowania.

Ponadto, celem przystępującego jest udział w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem przepisów prawa, a w szczególności ustawy.

4 października 2024 r. do postępowania po stronie odwołującego przystąpił MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 129/U7. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z 2 października 2024 r. do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, gdyż w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która w części IV i V została sklasyfikowana na pozycji trzeciej (w części V po odrzuceniu oferty Zielony Świat Józef Jankowski).

Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV i V otwiera przystępującemu możliwość uzyskania zamówienia, ponieważ na skutek uwzględnienia odwołania nastąpi powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której oferta Area może zostać odrzucona lub też nastąpi udostępnienie dokumentów dotyczących wyjaśnień ceny tego wykonawcy, co także może skutkować odrzuceniem oferty po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień. Z kolei w zakresie oferty poprzedzającej ofertę przystępującego w każdej z części (IV i V), to nie podlegała ona badaniu w zakresie

zdolności podmiotowej, przez co jej wybór nie jest pewny. Ponadto wybór oferty innego wykonawcy może zostać zakwestionowany przez przystępującego w toku kolejnego postępowania odwoławczego. Oferta ta może zostać także odrzucona przez zamawiającego na skutek ponownego badania i oceny ofert. Uwzględnienie odwołania w jakimkolwiek zakresie w każdym przypadku stanowi okoliczność korzystną dla wykonawców znajdujących się na kolejnych pozycjach w rankingu ofert (tak jak przystępujący), ponieważ na skutek unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert uzyskują oni możliwość uzyskania zamówienia i realizacji zysku z realizacji zamówienia.

15 października 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, Podniósł, że zastrzeżenie przez wykonawcę AREA Dawid Mróz części informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest w ocenie zamawiającego skuteczne. Zamawiający przeprowadził analizę złożonych wyjaśnień i uznał, że w zakresie wyjaśnień złożonych przez przystępującego zostały spełnione przesłanki określone w art. 18 ust. 3 ustawy PZP oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym brak jest podstaw do ujawnienia zastrzeżonych informacji.

W ocenie zamawiającego, wykonawca AREA Dawid Mróz w sposób należyty wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, organizacyjny lub inny posiadający z perspektywy przedsiębiorcy wartość gospodarczą. Sposób zestawienia poszczególnych elementów wyjaśnień pozwala na poznanie sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia, know-how wykonawcy, rozkładu kosztów, metodologii wyceny, posiadanych zasobach sprzętowych oraz materiałach do realizacji zamówienia, warunkach zatrudnienia personelu. Są to informacje o kluczowym znaczeniu biznesowym dla przedsiębiorcy które posiadają wymierną wartość gospodarczą, utrzymanie ich w tajemnicy przed konkurencją ma istotne znaczenie dla budowania przewagi na rynku. Wykonawca AREA Dawid Mróz wykazał również, że podjął rozsądne, niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Zdaniem zamawiającego wykazane przez ww. wykonawcę instrumenty ochrony natury technicznej (ograniczenie dostępu do nośników informacji, kontrola dostępu) jak i prawnej (umowy o zachowaniu poufności, ostrzeżenia umieszczane na dokumentach) są odpowiednie i powszechnie stosowane w zbliżonych okolicznościach do zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy.

Wnioski, które odwołujący formułuje na podstawie analizy wyjaśnień złożonych przez konkurencyjnych wykonawców, są całkowicie nieuzasadnione.

Zamawiający zacytował art. 224 ust. 6 ustawy. Odwołujący nie kwestionuje, iż wykonawcy ulokowani wyżej w rankingu ofert, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w wyznaczonym terminie złożyli wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny oferty. Jest więc to okoliczność bezsporna.

Natomiast druga z przesłanek nie została spełniona – po przeprowadzonej analizie wyjaśnień złożonych przez AREA Dawid Mróz zamawiający doszedł do wniosku, że zaoferowana cena za realizację przedmiotowego zamówienia nie może zostać zakwalifikowana jako cena rażąco niska.

Zamawiający powołał definicję rażąco niskiej ceny ustaloną w orzecznictwie. Zamawiający doszedł do przekonania, że złożone wyjaśnienia są kompleksowe – obejmują wszystkie istotne elementy kosztotwórcze oraz pozwalają na uznanie zaoferowanych cen za ceny rynkowe.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wykazał wszystkie istotne elementy składające się na koszty realizacji zamówienia, oraz załączył niezbędne dowody na potwierdzenie tez zawartych w wyjaśnieniach.

Analiza ww. wyjaśnień przeprowadzona przez zamawiającego, w tym przez zespół zajmujący się organizacją i nadzorem nad opróżnianiem koszy ulicznych, doprowadziła do wniosku, że wyjaśnienia ceny są wiarygodne i należy je udokumentowane, w związku z czym należało je uwzględnić.

Wykonawca AREA Dawid Mróz wykazał wszystkie istotne elementy cenotwórcze zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego zakreślonymi w wezwaniu do wyjaśnień. Wykonawca w przygotowanych wyjaśnieniach uwzględnił wzrost cen towarów i usług, przyjął realne koszty pracy, które są kluczowym elementem tego zamówienia. Dodatkowo zakładany przez wykonawcę poziom zysku oraz przyjęty poziom kosztów pośrednich, zdaniem zamawiającego gwarantuje prawidłową realizację zamówienia nawet w sytuacji, gdyby doszło do nieprzewidzianego wzrostu kosztów realizacji zamówienia.

Należy również pamiętać, że usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie realizowana przez krąg przedsiębiorców, którzy świadczą tego rodzaju usługi dla szerokiego grona odbiorców, posiadają stałe koszty prowadzenia działalności, które w związku z pozyskaniem kolejnego klienta pozostaną w zbliżonej do dotychczasowej wysokości.

Powołał wyrok Izby z dnia 26.04.2019 w sprawie KIO 686/19.

Odwołujący nie uwzględnia okoliczności, że zamawiający nie wymagał ściśle określonej metodologii wyceny, jest ona uzależniona od stosowanych przez danego wykonawcę zasad podziału kosztów zamówienia w ramach prowadzonej działalności.

Wskazane przez odwołującego zarzuty rzekomego niedoszacowania nie zostały poparte żadnymi dowodami, zostały

wprowadzone przez odwołującego całkowicie dowolnie. Odwołujący wielokrotnie odnosi się do własnego doświadczenia w realizacji takich prac, jest to zabieg niewystarczający do wykazania (lub co najmniej uprawdopodobnienia) zarzutu rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju zabiegi wyłącznie pozornie wskazują na brak należytego wykazania realności ceny. Zmiana rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny, nie wyłącza po stronie odwołującego obowiązku wykazania takiego zarzutu. Wskazał na wyrok KIO 2617/18 z dnia 21.01.2019 r. Co jest jednak istotne i kluczowe w niniejszej sprawie, zarzuty podniesione przez odwołującego nie pozwalają na przyjęcie, że cena zaoferowana przez wykonawcę AREA Dawid Mróz jest ceną nierealną, która nie gwarantuje realizacji zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji.

Skuteczność samooczyszczenia wykonawcy AREA Dawid Mróz była przedmiotem analizy Izby w postępowaniu KIO 1607/24, na gruncie innego postępowania prowadzonego przez Zarząd Oczyszczania Miasta. W tamtym postępowaniu przetargowym, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy zamawiający uznał, że pomimo deklaracji wykonawcy AREA Dawid Mróz, samooczyszczenie jest nieskuteczne – wykonawca nadal pozostał w relacjach gospodarczych z innym wykonawcą. Elementem przesądzającym o uznaniu przez Izbę, iż zerwanie kontaktów gospodarczych nie jest skuteczne, był fakt wynajmu przez wykonawcę AREA Dawid Mróz pojazdu (zamiatarki) na rzecz Daniela Mroza. Ta okoliczność została uznana przez Izbę za kontynuację współpracy pomiędzy ww. przedsiębiorcami, pomimo zawartego porozumienia o zerwaniu relacji gospodarczych.

Stan faktyczny w niniejszym postępowaniu jest inny, w związku z czym prowadzi do odmiennych wniosków.

Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy AREA Dawid Mróz z dnia 15.07.2024 r. złożonych w ramach niniejszego postępowania, wykonawca podjął dalsze działania naprawcze, polegające na definitywnym zerwaniu więzi gospodarczych z Danielem Mrozem. Wykonawca przedstawił dowody potwierdzające, iż na dzień złożenia oferty w niniejszym postępowaniu wskazani przedsiębiorcy nie pozostają w żadnych relacjach gospodarczych. Wykonawca AREA Dawid Mróz przedstawił wypowiedzenie najmu zamiatarki, która stanowiła główną przyczynę uznania przez Izbę w postępowaniu KIO 1607/24 braku skuteczności samooczyszczenia, dodatkowo przedstawił oświadczenie złożone Danielowi Mrozowi o braku możliwości utrzymania jakichkolwiek relacji gospodarczych pomiędzy firmami.

W ocenie zamawiającego, mając na uwadze ustalenia Izby zawarte w wyroku z dnia 29 maja 2024 r. w sprawie KIO 1607/24, aktualne wyjaśnienia i dowody są w pełni wystarczające do uznania, że wykonawca AREA Dawid Mróz skutecznie udowodnił spełnienie przesłanek samooczyszczenia, określonych w art. 110 ust. 2 ustawy.

Tym samym, w obecnym stanie faktycznym i prawnym, w oparciu o przedstawiony przez wykonawcę materiał dowodowy, zamawiający doszedł do przekonania, że złożone wyjaśnienia są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy AREA Dawid Mróz oraz dają gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia.

17 października 2024 r. wykonawca Dawid Mróz wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Argumentacja Odwołującego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się do ogólnikowych twierdzeń jakoby złożone przez przystępującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było pozbawione konkretów i nie wyjaśniało zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, szczegółowo odniósł się do każdej z przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk i wykazał w jaki sposób przesłanki te w odniesieniu do zastrzeganych informacji zostały spełnione.

Odwołujący jako z jeden z głównych argumentów w zakresie nieskuteczności zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że tajemnicą nie mogą być objęte całe dokumenty, czy też całość merytoryczna wyjaśnień, odnosząc się przy tym do stanowiska zamawiającego, który w części odtajnił złożone przez AREA wyjaśnienia. Przystępujący zaznaczył, że w jego ocenie merytoryczna treść wyjaśnień, szczegółowa kalkulacja ceny stanowi nierozdzielalną całość, w której jeden element wpływa na drugi, wskazując, jak już podnosił przystępujący w zastrzeżeniu, na sposób kalkulacji, metodologie, czy wykorzystanie know-how AREA przy kalkulacji ceny oferty, ale również na sposób organizacji przedsiębiorstwa i posiadane relacje handlowe, które pozwalają na przyjęcie określonego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniu odwołującego, tego typu informacje jako całość mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący nie zgodził się z odwołującym, i podkreślił że informacje jako zbiór mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jako całość.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej niejednokrotnie podnosi się, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, stanowiące swojego rodzaju zbiór informacji, całość gospodarczą mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tak chociażby Izba stwierdziła w wyroku z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. KIO 2935/21.

Przystępujący już w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwracał uwagę na fakt, że zasadnym jest w stanie faktycznym niniejszej sprawy objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji ceny oferty jako całości, że jak już wskazano wcześniej informacje te stanowią określony zbiór, którego ujawnienie może mieć negatywne konsekwencje dla przystępującego na gruncie tego i przyszłych postępowań. Przystępujący zwracał przy tym uwagę na fakt, że tego typu zastrzeżenie jest dopuszczalne i stosowane w praktyce, a dopuszczalność ta została wielokrotnie potwierdzona przez Izbę, warto ponownie przytoczyć w tym miejscu wyrok z dnia 21 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1483/23.

W ocenie przystępującego to właśnie całość wyjaśnień, jako zbiór jest istotna z punktu widzenia chronionego interesu AREA, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są bowiem, jak już wskazano wyrazem doświadczenia, znajomości branży i indywidualnego podejścia do kalkulacji ceny oferty. Nie sposób przy tym zgodzić się z odwołującym, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały przygotowane tylko i wyłącznie na bazie przedstawionych przez zamawiającego tabel, przystępujący wprost wyjaśnia różnice i inne założenia przyjęte do kalkulacji ceny oferty. Odwołujący mija się przy tym z prawdą, że zastrzeżenie całości dokumentów ma jedynie na celu uniemożliwienie weryfikacji złożonych wyjaśnień innym wykonawcom, celem jak wskazano w zastrzeżeniu jest ochrona istotnego interesu gospodarczego AREA.

To zamawiający jest odpowiedzialny za ocenę wyjaśnień ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Przystępujący ma świadomość czynności zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2024 r., gdzie zamawiający odtajnił część złożonych wyjaśnień jednak AREA popiera decyzję zamawiającego co do zachowania w tajemnicy określonych informacji, w tym szczegółów kalkulacji i dowodów załączonych do wyjaśnień. Po raz kolejny nie sposób zgodzić się z odwołującym, który twierdzi, że de facto zamawiający nie jest uprawniony do oceny złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i tym samym, że zamawiający nie może odtajnić części wyjaśnień zgodnie z dokonaną przez siebie oceną zastrzeżenia.

Wynikiem prawidłowej oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zestawieniu z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny jest właśnie podjęcie konkretnych decyzji co do odtajnienia części z zastrzeżonych informacji. Trudno uznać przy tym, że zamawiający jest pozbawiony takiego uprawnienia, co więcej zamawiający w postępowaniu, co w praktyce nie zdarza się często, odpowiednio wcześniej poinformował przystępującego o odtajnieniu wyjaśnień i ich zakresie, dając tym samym czas na odwołanie od tej decyzji. Stąd należy uznać, że zamawiający działał z należytą starannością i zarówno dokonał oceny zastrzeżenia, wnikliwie analizując jego treść w odniesieniu do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co powoduje, że nie sposób zamawiającemu w stanie faktycznym sprawy zarzucić, że oceny zastrzeżenia nie dokonał.

Odwołujący wskazał natomiast, że zamawiający niewłaściwie ocenił zastrzeżenie, a ujawniony zakres wyjaśnień jest zbyt wąski. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, w pierwszej kolejności wskazując, że w złożonych wyjaśnieniach nie ma mowy o metodologii kalkulacji ceny oferty, bowiem odnosi się ona tylko i wyłącznie do tabel przedstawionych przez zamawiającego, które zostały mu narzucone. Co prawda AREA wypełniło obowiązek przedstawienia poszczególnych elementów wyjaśnień, których żądał zamawiający jednak jak wynika z treści samych wyjaśnień, przystępujący przyjął zupełnie inne założenia, nie ograniczając się w tym zakresie tylko i wyłącznie do wypełniania tabel załączonych przez zamawiającego, przystępujący opisał i dokonał kalkulacji w oparciu o własne założenia wykorzystywane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego tego typu, wewnętrzną politykę cenową i strategię biznesową, co zdaje się umykać odwołującemu. Właśnie takie podejście m.in. decyduje o fakcie, że do przygotowania wyjaśnień AREA wykorzystuje zdobytą wiedzę i doświadczenia na gruncie realizacji podobnych przedsięwzięć. I faktem jest, że ujawnienie pozostałej treści wyjaśnień może doprowadzić do odtworzenia sposobu kalkulacji i założeń przyjętych w kalkulacji przez przystępującego przez jego konkurentów w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o podobnych charakterze, w czym jak wskazywał wyraża się również wartość gospodarcza zastrzeganych informacji.

Przystępujący tak jak w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał na fakt stałej współpracy handlowej z podmiotami, których oferty załączył do wyjaśnień. Jak wskazano w treści zastrzeżenia kontakty te i relacje biznesowe są wynikiem wieloletniej współpracy i zaufania jednak relacje te utrzymywane są przez obie strony w tajemnicy, a w szczególności już konkretne warunki tej współpracy w tym warunki finansowe, zarówno kontrahenci jak i AREA są zobowiązani do zachowania ich w poufności, a umowy o poufności przewidują kary za ich ujawnienie, co również wynika z treści zastrzeżenia oraz dowodów załączonych do nich, gdzie jednym ze zobowiązań jest zachowanie w poufności informacji o samej współpracy. Bez wątpienia również, to pozycja rynkowa i możliwości związane z kontaktami handlowymi stanowią o unikalnym charakterze wyjaśnień, wbrew temu co twierdzi odwołujący konkretne warunki handlowe nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tego typu informacjami. Zatem fakt posiadania takich kontaktów również przekłada się na kalkulację ceny oferty.

Odnośnie do negowania kwestii podkupowania personelu, przystępujący wskazał, że nie jest właściwym twierdzenie, że przystępujący musiał wykazać, że w przeszłości miał doświadczenia z tego typu sytuacją.

Sytuacja ta może być hipotetyczna, a podejmowane działania w celu zachowania w poufności informacji właśnie do zaistnienia takich sytuacji mają nie doprowadzić. Z kolei kwestia umów o zakazie konkurencji w tej konkretnej branży jest niedorzeczna i niemożliwa do wprowadzenia.

Nie sposób się również zgodzić z twierdzeniem Odwołującego jakoby kalkulacja oraz konkretne ceny wynikające z relacji handlowych nie stanowiły know-how wykonawcy. Jak już wskazano wcześniej, kalkulacja ceny oferty to nie tylko podstawienie danych liczbowych pod przygotowaną przez zamawiającego tabelę, to doświadczenie, które przekłada się na kalkulację ceny oferty dokonywaną przez jej złożeniem, a nie tylko na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co też

potwierdza fakt, że przystępujący nie wykonał tylko i wyłącznie żądania zamawiającego, a przedstawił własny sposób kalkulacji ceny oferty, stosowany przez niego w postępowaniach o podobnym charakterze. Negowany przez odwołującego poufny charakter grafiku pracy, chociaż jak wskazał przykładowy, nie odnosi się do jakiegoś bliżej nieokreślonego grafiku, tylko wewnętrznego dokumentu AREA, który funkcjonuje w przedsiębiorstwie.

Odwołujący podważa również kwestie wyliczenia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji zarówno w zakresie pracy personelu jak również ewentualnych strat. Podnoszona kwestia omyłki pisarskiej co do liczby zadań nie jest w ocenie przystępującego decydująca, w kwestii wskazanych strat jakie może ponieść AREA po ujawnieniu tych informacji, udostępnienie tych informacji niweczy bowiem pracę personelu i osób współpracujących z AREA. Co do potencjalnych start, które jak wskazał sam przystępujący w zastrzeżeniu są trudne do jednoznacznego i precyzyjnego określenia, natomiast bez wątpienia warunki handlowe z partnerami, sposób organizacji pracy w przedsiębiorstwie zasoby sprzętowe dają konkurencji wiedzę, którą mogą oni wykorzystać w przyszłości i przyjąć założenia, a nawet samodzielnie dokonać kalkulacji i przewidzieć jaką cenę zaoferuje AREA, co z kolei może przełożyć się na możliwość uzyskania zamówień w przyszłości i w tym właśnie, jak wskazywał przystępujący przejawia się wartość gospodarcza zastrzeganych informacji.

Przystępujący uznał, że zarzut zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest niezasadny.

Przystępujący podważył prawidłowość sformułowania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty AREA ze względu na rażąco niską, jako zarzutu ewentualnego. Sam odwołujący bowiem twierdzi, że wyjaśnienia AREA zostały oparte na narzuconym przez zamawiającego wzorze, przy czym jak sam odwołujący zauważa w dużej mierze wyjaśnienia te zostały odtajnione i przekazane odwołującemu, dziwi zatem twierdzenie jakoby konieczna była treść całych wyjaśnień do oceny ich prawidłowości, skoro odwołującemu doskonale znane są elementy jakich przedstawienia wymagał zamawiający, zatem bez problemu odwołujący mógł przedstawić własną kalkulację w tym zakresie wraz z przedstawieniem dowodów na poparcie swoich twierdzeń i wykazać ewentualną nierealność ceny w ofercie AREA.

Podjęta próba wykazania, że oferta AREA zawiera rażąco niską cenę sprowadza się do przedstawienia ogólnikowych twierdzeń niepopartych żadnymi dowodami i kalkulacjami. Odwołujący nie podejmuje nawet próby udowodnienia, że cena zaoferowana przez AREA jest nierealna i na czym miałyby polegać ta nierealność ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, nie sposób z pewnością uznać za takie argumenty pkt 1 – 7 na 15 i 16 stronie odwołania, które stanowią jedynie zbiór niczym niepopartych założeń. Biorąc pod uwagę sporny charakter postępowania odwoławczego, nie można uznać, że zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny może jedynie sprowadzać się do twierdzeń o nierealności ceny oferty, bez poparcia tej argumentacji konkretnymi dowodami.

Istotnym jest fakt, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są odpowiedzią na wezwanie zamawiającego i winny odpowiadać treści tego wezwania. Jak sam odwołujący zauważył zamawiający narzucił sposób udzielenia wyjaśnień, a raczej wskazał elementy jakie w tych wyjaśnieniach muszą się znaleźć. Wyjaśnienia udzielone przez przystępującego czynią zadość treści wezwania i z pewnością zawierają wszystkie wskazane elementy, których wyjaśnienia żądał zamawiający i zostały one poparte dowodami. Wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2021 r., KIO 216/21.

Treść żądania wezwania zamawiającego była następująca:

„W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Do wyjaśnień należy załączyć kalkulację ceny oferty, zgodnie z załącznikami do pisma.”

Należy zatem uznać, że poza obowiązkiem dołączenia kalkulacji zgodnie z załącznikiem treść wezwania była bardzo ogólna i nie wskazywała w jakim zakresie i na jakie okoliczności przystępujący winien złożyć dowody, w tym zakresie pozostawiając dużą swobodę AREA. Zatem udzielenie wyjaśnień odnoszących się do wskazanych przez zamawiającego elementów należy uznać za odpowiadające treści wezwania.

Nie sposób jednak odnieść się do poszczególnych twierdzeń Odwołującego zawartych w pkt 1 -7 na stronach 15 i 16 odwołania.

W pkt 1) odwołujący odnosi się do niedoszacowania liczby kilometrów jaką będą musiały pokonać pojazdy, co rzekomo ma wynikać z faktu nieprzedstawienia dowodu w postaci harmonogramu tras.

Odwołujący niejako narzuca obowiązek złożenia dowodu w tym zakresie, chociaż w ocenie przystępującego założenia co do liczby kilometrów koniecznych do pokonania można było na bazie doświadczenia wykonawcy ustalić w oparciu o dokumenty zamówienia. Co więcej jak wynika z treści wyjaśnień przystępujący przyjął liczbę kilometrów na czas realizacji umowy jeszcze większą niż założył odwołujący. Co więcej odwołujący mimo, że przedstawia twierdzenia co do konieczności załączenia dowodu w tym zakresie, sam nie wykazuje sposobu założeń przez siebie przyjętych.

W pkt 2) odwołujący odnosi się do rzekomo większych kosztów związanych z opróżnianiem koszy bezpośrednio na samochód, podczas gdy wynika to niejako z wymagań zamawiającego, który wskazuje:

„Zabrania się składowania worków z zanieczyszczeniami w pasach dróg.”

Z pewnością zaś odwołujący ma świadomość, że niezależnie od tego czy odpady są zbierane w worek czy wysypywane

bezpośrednio na samochód, to samochód pokonuje tę samą trasę i co do zasady w tym samym tempie, więc nie wpływa to na większą eksploatację i zwiększenie kosztów, jak twierdzi odwołujący.

W pkt 3) odwołujący podnosi argumenty co do błędnych założeń kosztów paliwa przyjętych przez AREA.

Jak wynika ze złożonych wyjaśnień i przedstawionej kalkulacji są to ceny realne i rynkowe, nawet jak wskazał w wyjaśnieniach przystępujący zakładające ryzyko związane z kosztami paliwa.

W pkt 4) odwołujący podnosi kwestię kosztów związanych z tzw. „chorobowym” i stwierdza, nie wiadomo na jakiej podstawie, że koszty te to odpowiednio 44 tys. i 49 tys., nie jest jednak jasne na jakiej podstawie odwołujący przyjął takie założenia i nie sposób do tak przedstawionej argumentacji się odnieść, gdyż w ocenie przystępującego założenia te są gołosłowne i niczym nieoparte. Wskazane kwoty sugerują bowiem, że każdy pracownik korzysta ze zwolnień, nie wiadomo jednak w jakim wymiarze. Ponadto koszty te są kosztami czysto teoretycznymi nie do ustalenia, stąd przystępujący założył koszty inne i ryzyko.

Co do pkt 5) odwołujący wskazuje, że wymieniony koszt na określonym poziomie jest niczym nieoparty i jest to jedynie twierdzenie odwołującego. Ponadto przystępujący w treści wyjaśnień wskazał, że w innych kosztach uwzględnił inne wydatki.

Z kolei w pkt 6) odwołujący podnosi kwestię dotyczącą konieczności wymiany wkładów i kosztów z tym związanych. Przystępujący wskazał na zupełnie inną ocenę tej kwestii przedstawioną przez przystępującego a wskazaną w wyjaśnieniach złożonych w postępowaniu. Nie sposób ocenić przy tym na jakiej podstawie odwołujący przyjął tego typu założenia.

Ostatnim punktem jest kwestia wadliwie oszacowanej liczby pracowników. Nie sposób stwierdzić przy tym, na czym ta wadliwość miałaby polegać, jest to tylko i wyłącznie ogólnikowe niczym nieoparte stwierdzenie.

Nie sposób również odnieść się do kwestii przedstawionych wyliczeń na stronie 17, nie wiadomo bowiem jakie założenia przyjął odwołujący i na czym ma polegać ta „prawidłowa kalkulacja” a raczej jakie koszty i w jakiej wysokości ma uwzględniać. Przystępujący wskazał przy tym należy, że to są jedynie założenia odwołującego mające się nijak do indywidualnej sytuacji wykonawcy i przedstawionego przez niego sposobu kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący w zakresie zarzutu wskazał, że mimo deklaracji i przedstawionych dowodów AREA nie zerwała współpracy z Panem Danielem Mrozem, stwierdzając przy tym, że w dalszym ciągu między oboma podmiotami istnieje więź gospodarcza. Odwołujący w tym zakresie przedstawia jedynie puste, niczym nieoparte twierdzenia, co do stacjonowania na tej samej bazie oraz współdzielenia całej floty pojazdów. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawia natomiast żadnych dowodów, są to jedynie niczym nieoparte twierdzenia.

AREA wraz ofertą złożyła szczegółowe wyjaśnienia dotyczące samooczyszczenia, opisując podjęte czynności i środki prawne w celu nie tylko całkowitego zerwania współpracy z Panem Danielem Mrozem i potwierdzenia tego faktu, ale też podjęcia środków mających zapobiegać jakiegokolwiek możliwości posądenia AREA o rzekomą zмовę przetargową. Wszystkie te dokumenty, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i nieudostępnione przez zamawiającego potwierdzają, że działania te są realne i wdrożone w przedsiębiorstwie oraz, że przesądzają o skutecznym samooczyszczeniu dokonany przez przystępującego. Ze względu jednak na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do treści tych dokumentów, przystępujący tylko nie będzie odnosił się do ich treści. Z pewnością zaś ocena zamawiającego w zakresie złożonych wyjaśnień i przeprowadzonej procedury samooczyszczenia jest prawidłowa, a zamawiający miał wszelkie podstawy do stwierdzenia rzetelności podjętych działań faktycznych i prawnych przez AREA, co w konsekwencji stanowiło podstawę do uznania, że przesłanki określone w art. 110 ust. 2 pkt 3) zostały spełnione.

AREA zaprzecza jednak twierdzeniom odwołującego w zakresie kontynuowania faktycznej współpracy z Panem Danielem Mrozem wskazując jednocześnie, że są to tylko niczym nieoparte twierdzenia, co do których odwołujący nie przedstawił dowodów.

17 października 2024 r. przystępujący MS-EKO poparł w całości stanowisko zawarte w odwołaniu i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że w odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez zamawiającego zamawiający pominął przeważającą część argumentacji odwołującego. Stanowisko to jest lakoniczne i ogólnikowe, co wskazuje na brak rzeczowych argumentów merytorycznych wobec zarzutów odwołania.

Przystępujący w całości podzielił stanowisko odwołującego w zakresie nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie, w jakim zamawiający nie udostępnił ich innym wykonawcom. Przystępujący słusznie wskazał, że stanowisko zamawiającego jest niekonsekwentne. Z jednej strony uznał wadliwość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnił część wyjaśnień, z drugiej utajnił pozostałą część – tę merytoryczną - pomimo że dotyczy jej to samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zasadnie podnosił, że nieskuteczne jest zastrzeżenie całej merytorycznej treści wyjaśnień, zwłaszcza gdy zawierają one informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. I odwrotnie, nie jest możliwe zastrzeżenie całości wyjaśnień z tego względu, że zawierają pojedyncze elementy, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Słusznie także podnosił odwołujący, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe i na jego podstawie nie

można nawet ustalić, które konkretnie informacje i dlaczego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem uzasadnienie powinno precyzyjnie odnosić się do każdej zastrzeżonej informacji i zastrzeżonego dokumentu. Braki w tym względzie skutkują tym, że to zamawiający, a nie Area ustalił, które informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Area.

Zasadne jest stanowisko odwołującego, że Area nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Upatrywał jej bowiem w metodologii kalkulowania ceny oferty, a tymczasem nie przedstawiał żadnej metodologii własnej kalkulacji ceny oferty, ponieważ zobowiązany był do przedstawiania wyjaśnień w formie opracowanej przez zamawiającego. Area miał podać dane liczbowe i ceny do wzoru przedstawionego przez zamawiającego. Z faktu, że zamawiający przedstawiał tabele do uzupełnienia wynika, że także zamawiający uznawał, że usługi objęte przedmiotem zamówienia nie korzystają z jakiejś szczególnej metodologii ich kalkulacji. Same ceny i dane liczbowe w tabelach przygotowanych przez zamawiającego na potrzeby tego postępowania nie stanowią żadnej wartości gospodarczej. Jak zasadnie wskazywał odwołujący, w orzecznictwie przyjmuje się, że zastrzeżenie kalkulacji cenowej wymaga, aby kalkulacja miała charakter unikatowy dla danego wykonawcy. Tylko wówczas można mówić o jakimś know-how wykonawcy posiadającym wartość gospodarczą, który mógłby podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto metodologia kalkulacji musi mieć charakter powtarzalny. Jednorazowy charakter informacji uniemożliwia uznanie jej za tajemnicę przedsiębiorstwa (C-54/21). Area nie wykazał także, że dane jego kontrahentów i warunki współpracy miały pozostawać w poufności. W konsekwencji celem utajnienia jest wyłącznie ograniczenie możliwości weryfikacji wyjaśnień przez konkurencyjnych wykonawców, a nie ochrona informacji, które istotnie mają wartość gospodarczą i stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu przystępujący w całości podziela stanowisko odwołującego. Przystępujący wskazał, że zamawiający powołuje się w niej na nieaktualną treść przepisu art. 224 ust. 6 ustawy. Zamawiający wskazał bowiem, że z przepisu tego jakoby wynika, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jako ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień, lub - jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przepis w obecnym kształcie wraz z art. 224 ust. 5 ustawy przenosi całkowity ciężar uzasadnienia zaoferowanej ceny na wykonawcę wezwanego, w tym jej realności. Zamawiający jedynie ogólnikowo wskazał, że analiza wyjaśnień pozwoliła na wniosek, że cena nie jest rażąco niska. Według zamawiającego Area wykazał wszystkie istotne elementy składające się na koszty realizacji zamówienia, oraz załączył niezbędne dowody na potwierdzenie tez zawartych w wyjaśnieniach. Według zamawiającego Area wykazał wszystkie istotne elementy cenotwórcze zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego zakreślonymi w wezwaniu do wyjaśnień, uwzględnił wzrost cen towarów i usług, przyjął realne koszty pracy, które są kluczowym elementem tego zamówienia. Dodatkowo zakładany przez Area poziom zysku oraz przyjęty poziom kosztów pośrednich, zdaniem zamawiającego gwarantuje prawidłową realizację zamówienia nawet w sytuacji, gdyby doszło do nieprzewidzianego wzrostu kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że należy również pamiętać, że usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie realizowana przez krąg przedsiębiorców, którzy świadczą tego rodzaju usługi dla szerokiego grona odbiorców, posiadają stałe koszty prowadzenia działalności, które w związku z pozyskaniem kolejnego klienta pozostaną w zbliżonej do dotychczasowej wysokości. Powołał się też na orzeczenie KIO 686/19, które zapadło w czasie obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., gdzie brzmienie art. 90 ust. 3 było odmienne niż w aktualnej Pzp. Obecnie zamawiający nie musi udowadniać, że cena jest rażąco niska, ale to wykonawca ma uzasadnić prawidłowość zaoferowanej ceny.

Zamawiający pominął całkowicie argumenty i okoliczności przywołane w odwołaniu. Ze stanowiska zamawiającego wynika jednak, że w treści wyjaśnień Area nie powoływał się na szczególne uwarunkowania świadczenia przez siebie usług, które pozwalają mu obniżyć ceny względem innych wykonawców. Z dowodu odtajnionego przez zamawiającego (paragon Pepco) nie wynika, aby miał on szczególnie dogodne źródła nabycia worków na potrzeby realizacji zamówienia. Odwołujący przywołał konkretne okoliczności potwierdzające, że Area nie uzasadnił zaoferowanej rażąco niskiej ceny:

1) przyjęcie przez Area zaniżonej liczby kilometrów, jaką w miesiącu będą musiały pokonać pojazdy realizując usługę w ramach części IV i V zamówienia – twierdzenia Area o optymalizacji tras przejazdów należy uznać za gołosłowne, bowiem na powyższą okoliczność wykonawca nie przedłożył żadnego dowodu (np. harmonogramu tras – analogiczny dowód został przedłożony na poparcie twierdzeń dotyczących optymalizacji kosztów zatrudnienia. W przypadku tras przejazdu taki dowód już nie został przedłożony, co wskazuje na niedoszacowanie liczby kilometrów, jaką będą pokonywały pojazdy). Tylko w jednym miesiącu auta przeznaczone do realizacji zamówienia w każdej z części pokonują ponad 5 tys. km;

2) zgodnie z treścią wyjaśnień ceny wykonawca Area zakłada wykorzystywanie worków tylko w niektórych lokalizacjach, a „w większości natomiast śmieci są bezpośrednio opróżniane na pojazd”, co oznacza, że wykonawca będzie musiał

podjechać bezpośrednio pod każdy pojemnik do gromadzenia odpadów, co przekłada się na zwiększone koszty paliwa i większą eksploatację pojazdu oraz zwiększoną ilość przepracowanych godzin przez pracowników;

3) brak dowodów potwierdzających przyjęte przez Area założenia co do kosztów paliwa – pomimo tego, że wykonawca wskazuje w swoich wyjaśnieniach, że nabywa paliwo w stałym źródle z rabatami, to nie przedkłada na tę okoliczność żadnego dowodu, a koszt zakupu litra paliwa został ustalony w oparciu o niezdefiniowane kryteria;

4) nieuwzględnienie w kalkulacji kosztów „chorobowego” pracowników – pomimo tego, że na stronach 12 i 13 wyjaśnien cen, wykonawca wskazuje dodatkowe koszty, jakie ciążą na pracodawcy w związku z zatrudnieniem pracowników w oparciu o umowę o pracę (np. urlopy, udział pracownika w PPK), to nie uwzględnił już kosztów, jakie wiążą się z ewentualnym korzystaniem przez pracownika z zasiłku chorobowego – koszt ten wyniesie ok. 44 tys. złotych na cały okres realizacji zamówienia w rejonie V, a w rejonie IV 49 tys. złotych;

5) nieuwzględnienie w kalkulacji kosztów pracowników wydatków związanych z koniecznością zapewnienia pracownikom posiłków regeneracyjnych – wykonawca Area ogranicza się w swojej kalkulacji do wskazania kosztów odzieży roboczej, rękawiczek, worków i wody, ale pomija już koszt posiłków regeneracyjnych, który wynosi ok. 11 zł za posiłek;

6) nieuwzględnienie w kalkulacji wymiany wkładów przez cały okres trwania umowy – wkłady ulegają bardzo szybkiemu zużyciu i z doświadczeń odwołującego wynika, że ok 25% wkładów w ciągu roku należy wymienić – co przekłada się na koszt ok. 28 tys. złotych na cały okres realizacji zamówienia w rejonie V, a 32 tys. złotych w rejonie IV;

7) wadliwe oszacowanie ilości pracowników.

Odwołujący przedstawił także własne kalkulacje kosztów, uwzględniające wariant zatrudnienia pracowników za najniższe wynagrodzenie, z których wynikało, że w żadnej z części objętych odwołaniem, cena oferty Area nie pokryje kosztów realizacji zamówienia.

W stanowisku zamawiającego nie ma odniesienia do żadnego z tych argumentów. Oznacza to zatem, że odwołujący słusznie wskazał braki w wyjaśnieniach Area i brak uwzględnienia i wykazania prawidłowej wysokości kosztów oraz prawidłowości poczynionych założeń. Twierdzenia zamawiającego, że Area ujął wszelkie elementy kosztotwórcze i uczynił to w prawidłowej wysokości są całkowicie gołosłowne. W konsekwencji Area nie udowodnił, że zaoferowane ceny pokrywają wszelkie koszty realizacji zamówienia oraz zapewniają osiągnięcie zysku. Nie uzasadnił zatem zaoferowanej ceny, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy i art. 224 ust. 6 ustawy.

Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 29 maja 2024 roku KIO 1607/24, w którym KIO uznała nieskuteczność samooczyszczenia Area. Jak wskazał zamawiający: Elementem przesądzającym o uznaniu przez Izbę, że zerwanie kontaktów gospodarczych nie jest skuteczne, był fakt wynajmu przez wykonawcę AREA Dawid Mróz pojazdu (zamiatarki) na rzecz Daniela Mroza. Ta okoliczność została uznana przez Izbę za kontynuację współpracy pomiędzy ww. przedsiębiorcami, pomimo zawartego porozumienia o zerwaniu relacji gospodarczych. Zamawiający przywołał okoliczność, że z wyjaśnień Area z dnia 15.07.2024 r. wynika, że Area podjął dalsze działania naprawcze, polegające na definitywnym zerwaniu więzi gospodarczych z Danielem Mrozem. Wykonawca przedstawił dowody potwierdzające, iż na dzień złożenia oferty w niniejszym postępowaniu wskazani przedsiębiorcy nie pozostają w żadnych relacjach gospodarczych. Wykonawca AREA Dawid Mróz przedstawił wypowiedzenie najmu zamiatarki, która stanowiła główną przyczynę uznania przez Izbę w postępowaniu KIO 1607/24 braku skuteczności samooczyszczenia, dodatkowo przedstawił oświadczenie złożone Danielowi Mrozowi o braku możliwości utrzymania jakichkolwiek relacji gospodarczych pomiędzy firmami.

W ocenie zamawiającego, mając na uwadze ustalenia Izby zawarte w wyroku z dnia 29 maja 2024 r. w sprawie KIO 1607/24, aktualne wyjaśnienia i dowody są w pełni wystarczające do uznania, iż wykonawca AREA Dawid Mróz skutecznie udowodnił spełnienie przesłanek samooczyszczenia, określonych w art. 110 ust. 2 ustawy

Innymi słowy, zamawiający jako kluczowe dla oceny, czy wykonawca zerwał powiązania gospodarcze z Danielem Mrozem ograniczył się wyłącznie do analizy tylko tych okoliczności, które były podstawą rozstrzygnięcia w sprawie KIO 1607/24. W tamtej sprawie KIO uznała, że zerwanie kontaktów gospodarczych nie jest skuteczne, był fakt wynajmu przez wykonawcę AREA Dawid Mróz pojazdu (zamiatarki) na rzecz Daniela Mroza. Ta okoliczność została uznana przez Izbę za kontynuację współpracy pomiędzy ww. przedsiębiorcami, pomimo zawartego porozumienia o zerwaniu relacji gospodarczych i wystarczyła do przyjęcia, że samooczyszczenie nie było skuteczne. Nie oznacza to zatem, że rozwiązanie ww. umowy najmu, przy istnieniu dalszych powiązań faktycznych, powoduje, że nie zachodzi podstawa do uznania samooczyszczenia za skuteczne. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do nowych okoliczności przywołanych w odwołaniu. Odwołujący wskazał bowiem, że:

(...) formalne wypowiedzenie umowy najmu jednego pojazdu nie świadczy o zerwaniu współpracy z podmiotem, z którym Area uprzednio zawarł porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. Podobnie za niewystarczające należy uznać pouczenie Pana Daniela Mroza o braku możliwości udostępniania mu zasobów na potrzeby ubiegania się przez niego o kolejne zamówienia publiczne. Warunkiem skutecznego przeprowadzenia przez Area samooczyszczenia

było bowiem faktyczne zaprzestanie jakiejkolwiek współpracy gospodarczej między dwoma podmiotami, co jednak, pomimo poczynionej przez Area deklaracji, nie nastąpiło. W tym miejscu przywołał stanowisko odwołującego z odwołania.

Zamawiający całkowicie ww. okoliczności pominął, pomimo że z odwołania jasno wynika, że współpraca jest kontynuowana, a nie ma znaczenia, czy podmioty łączą więzi formalne lub prawne. Zerwanie powiązań ma być definitywne i faktyczne, tymczasem w przedmiotowej sprawie, uwzględniając argumenty i okoliczności przywołane przez odwołującego, ma ono charakter pozorny. Formalnie wykonawca Area rozwiązał umowę najmu zamiatarki, ponieważ wobec wyroku KIO 1607/24 nie byłby w stanie wykazać w kolejnym postępowaniu skuteczności samooczyszczenia w zakresie, który został objęty prawomocnym rozstrzygnięciem. Nierozwiązanie ww. umowy oznaczałoby zatem pewne wykluczenie i odrzucenie oferty. Nie zmienia to faktu, że dalsza faktyczna współpraca pomiędzy podmiotami, na którą odwołujący wskazał w odwołaniu, w tym stacjonowanie pojazdów obu wykonawców na tej samej bazie transportowej oraz powołane zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego współdzielenie całej floty pojazdów na potrzeby realizowanych działań, oznacza, że więzi gospodarcze nadal istnieją, a Area podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. art. 11 ust. 4 ustawy, co powinno także skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy.

KIO 3586/24

19 września 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu II.

30 września 2024 r. wykonawca POLSUPER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 4 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z 7 sierpnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przepisu:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Piotra Purchała, prowadzącego działalność pod nazwą „CT Piotr Purchała”, adres: ul. JRR Tolkiena 3/181, 02-676 Warszawa („konkurent”), zawierającej rażąco niską cenę, skalkulowaną, przy uwzględnieniu ceny jednostkowej za opróżnienie koszy, na poziomie uniemożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zwanej dalej „ustawą o minimalnym wynagrodzeniu” oraz skalkulowaną przy niedoszacowanych pozostałych kosztach, związanych z realizacją zamówienia, w tym kosztach utylizacji odpadów oraz zakupu wkładów do koszy;

2)art. 16 ustawy przez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, przez bezkrytyczne przyjęcie zaniżonej ceny jednostkowej za opróżnienie koszy, na podstawie której kalkulowana była cena ofertowa przez konkurenta, a w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów - z ostrożności procesowej

3) art. 224 ust. 1 ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu wystąpienia do Konkurenta z żądaniem wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w tym kosztów zatrudnienia pracowników, wynikających z przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, mimo, że cena jednostkowa za opróżnienie koszy, wskazana przez konkurenta w kosztorysie ofertowym, tworzyła co najmniej podejrzenie, że skalkulowana na jej podstawie cena ofertowa nie odzwierciedlała niezbędnych kosztów realizacji zamówienia zgodnie z SWZ.

W przetargu złożone zostały 3 oferty, w tym oferta konkurenta, zawierająca zarówno najniższą cenę jednostkową za opróżnienie koszy, jak i przestawienie koszy, na podstawie których obliczona została cena ofertowa. Ostatecznie, zgodnie z zawiadomieniem z 19.09.2024 r., zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konkurenta. Oferta odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert.

W takim stanie sprawy, przy uwzględnieniu treści podniesionych zarzutów, nie budzi wątpliwości fakt posiadania przez odwołującego legitymacji czynnej do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego.

Wniósł o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konkurenta oraz

- nakazanie zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w przetargu oraz rozstrzygnięcie przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy,

- przyznanie odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający postanowił, że do realizacji prac polegających na opróżnianiu koszy oraz pojemników do selektywnej zbiórki

odpadów, wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest zatrudnić pracowników w oparciu o umowę o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy, przy czym szczegółowe warunki, związane z zatrudnieniem pracowników w oparciu o umowę o pracę, określa załącznik nr 4 do wzoru umowy (Rozdz. III pkt 4 i 5 SWZ).

Jednocześnie zgodnie z § 3 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ, wynika, że zamawiający wymagał będzie od wykonawcy spełnienia określonych wymagań jakościowych oraz posiadania wymaganych uprawnień, doświadczenia, potencjału kadrowego i technicznego niezbędnego do wykonania przedmiotu umowy, w tym wpis do rejestru prowadzonego na podstawie art. 49 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01), (wpis do rejestru BDO). Z kolei w zakresie zagospodarowania odpadów zamawiający zobowiązał wykonawcę postępowania zgodnie z postanowieniami ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a w szczególności posługiwania się przy gospodarowaniu odpadami podmiotami spełniającymi warunki określone ww. ustawą.

Zamawiający w Załączniku nr 1 oraz nr 2 do ww. wzoru umowy określił zakres prac dla danego rejonu oraz wymagania jakościowe i warunki realizacji umowy, w tym związane zarówno z przygotowaniem, jak i realizacją, pośrednio wskazując na niezbędny wymiar czasu pracy (liczba wkładów do koszy, liczba opróżnień, częstotliwość opróżnień).

W ocenie wykonawcy, cena ofertowa przedstawiona przez konkurenta w wysokości 2 425 613,85 zł (brutto) wskazuje, że konkurent będzie realizował przedmiotowe zamówienie poniżej kosztów jego wytworzenia, w tym niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawą z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207), zwłaszcza przy przyjęciu perspektywy realizacji umowy wieloletniej (2024-2025).

Na podstawie kosztorysów, dołączonych do ofert, złożonych przez trzech wykonawców w przetargu, stwierdzić należy, że oferta konkurenta zawierała cenę wyraźnie niższą od pozostałych ofert.

1POLSUPER sp. z o.o.

opróżnianie koszy 2,10 1 271 965 2 910 736,62

przestawianie koszy 60,00 400

2PU Anna Olkowska opróżnianie koszy 2,80 1 271 965 3 870 182,16

przestawianie koszy 55,00 400

3CT Piotr Purchała opróżnianie koszy 1,75 1 271 965 2 425 613,85

przestawianie koszy 50,00 400

Z informacji z otwarcia ofert w ramach prowadzonych przez zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia na: „Opróżnianie koszy na terenie m.st. Warszawy” w części II w latach 2022 – 2024, nie wynika tendencja naturalnego wzrostu kwoty, jaką zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy niemalże identycznym zakresie zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę:

- 1) 2.443.264,57 zł za realizację zamówienia w latach 2024/2025,
- 2) 2.546.6239.45 zł za realizację zamówienia w latach 2023/2024,
- 3) 2.495.691,00 zł za realizację zamówienia w latach 2022/2023.

Odwolujący zwrócił uwagę na brak uzasadnienia do oszacowania wartości przedmiotu zamówienia na poziomie, który stanowił podstawę do określenia przez zamawiającego ww. kwoty na sfinansowanie zamówienia realizowanego w latach 2024/2025. Nie jest możliwe aby rzetelna kalkulacja doprowadziła do takiego wyniku, przy uwzględnieniu nie tylko naturalnego wzrostu cen „rok do roku” (inflacja), ale również wzrostu istotnej części składowej ceny ofertowej, jaką stanowią koszty osobowe. Obowiązek uwzględnienia tej części ceny nabiera na znaczeniu tym bardziej, że każdy z wykonawców zobowiązany był uwzględnić fakt, że zdecydowanie większa część zamówienia (co najmniej 11/12 miesięcy) będzie realizowana w kolejnym roku, w którym będzie stosowana nowa, wyższa stawka wynagrodzenia minimalnego. Odwołujący zaznaczył, że zobowiązanie do uwzględnienia wzrostu minimalnego wynagrodzenia w roku 2025 uzasadnione było tym bardziej, że wzór umowy, stanowiący Załącznik nr 4 do SWZ, nie przewidywał zmiany wynagrodzenia wykonawcy na skutek takiego wzrostu, ograniczając możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wyłącznie do klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym ocena (wiarygodnego) poziomu ceny ofertowej konkurenta nie powinna być dokonywana w zestawieniu z oszacowaną wartością przedmiotu zamówienia (a w konsekwencji kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia) przez zamawiającego, albowiem takie wyliczenie odwołujący uznał za błędne, tym bardziej, że zamawiający dodatkowo przewidywał możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w ramach opcji (§ 1 ust. 3 - 6 wzoru umowy).

Niewątpliwie przeważającą częścią składową ceny ofertowej za wykonanie usługi opróżniania i przestawiania koszy stanowią koszty osobowe. Kalkulacja przez wykonawców, biorących udział w przetargu, stawki jednej roboczogodziny pracowników, wyznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówienia musi w pełni uwzględniać wszelkie koszty pracy, wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących, w tym ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, w szczególności okoliczność, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w znakomitej części w okresie przypadającym na 2025 r.

Każdy z wykonawców zobowiązany był do uwzględnienia podwyższenia minimalnego wynagrodzenia, jakie zostało określone zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.

Minimalne wynagrodzenie - którego wysokość – według stanu na dzień składania ofert w Przetargu – wynosiło 4300 zł - nie obejmuje innych, wynikających wyrażnie zarówno z SWZ (m.in. koszty administracyjne, koszty nadzoru, koszty związane z zapewnieniem odzieży roboczej, itp.), jak i przewidzianych w obowiązujących przepisach, określających dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem (składki ZUS, dodatek za pracę w godzinach nocnych, zabezpieczenie kosztu wynagrodzenia za urlop, zabezpieczenie kosztu wynagrodzenia w związku z chorobą pracownika, itp.). Niezależnie składnikiem ceny ofertowej powinien być również inny rodzaj kosztów aniżeli koszty osobowe, a mianowicie koszty utylizacji odpadów, koszty zakupu wkładów do koszy (w przypadku wejścia wykonawcy na nowy rejon – jak w przypadku konkurenta), a także spodziewany zysk z tytułu realizacji zamówienia. Obowiązek uwzględnienia wszystkich składników ceny ofertowej, w tym kosztów osobowych adresowany był do wszystkich wykonawców, biorących udział w przetargu. Zgodnie z pkt 2 Rozdz. XIV SWZ, Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SWZ. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w załączniku „Kosztyorys”.

W ocenie odwołującego, konkurent, kalkulując własną cenę ofertową w oparciu o cenę jednostkową za opróżnianie koszy w wysokości 1,75 zł (netto), uniemożliwił prawidłową kalkulację kosztu zatrudnienia pracowników, a w konsekwencji ryzyko zatrudniania osób poniżej należnego, minimalnego wynagrodzenia, przy uwzględnieniu jego spodziewanego, cyklicznego wzrostu w roku 2025.

Cena ofertowa przedstawiona przez Konkurenta, wprawdzie nie odbiegała znacząco od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w latach 2024/2025, jednak nie potwierdzała również naturalnej tendencji wzrostu cen rynkowych na ten rodzaj usług, uzasadnionych przede wszystkim zwiększonymi kosztami osobowymi, związanymi ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia, którego wysokość w samym tylko roku 2024 uległa dwukrotnemu zwiększeniu.

Na podstawie złożonych ofert na przedmiotowe zamówienie w latach 2022 – 2024, przy uwzględnieniu podobnego zakresu przedmiotowego zamówienia (wzrost liczby opróżnień) można - co do zasady - stwierdzić tendencję naturalnego wzrostu cen ofertowych „rok do roku”: W tym miejscu odwołujący zawarł tabelę, w której przedstawił ceny ofertowe różnych wykonawców z okresu 2022- 2024, którzy składali oferty na Rejon II.

Zamawiający zobowiązany był do wystąpienia z żądaniem do Konkurenta o udzielenie wyjaśnień w ramach badania, czy cena ofertowa nie stanowi faktycznie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający powinien odrzucić ofertę konkurenta jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę, a co najmniej podjąć czynności wyjaśniające, czy oferta Konkurenta zawiera cenę, za którą jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Biorąc pod uwagę obecną sytuację społeczno-gospodarczą, zamawiający tym bardziej zobowiązany jest dołożyć należytej staranności przy weryfikacji kalkulacji i założeń powziętych przez konkurenta. Wezwanie do złożenia wyjaśnień przez konkurenta powinno pozwolić na weryfikację wyliczenia ceny ofertowej, w szczególności w zakresie:

- 1) zakupu wkładów i ich uzupełnianie w trakcie trwania umowy;
- 2) kosztów utylizacji odpadów;
- 3) kosztów przejazdu pojazdów oraz ich ilość zapewniająca realizację usługi;
- 4) ilości pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia wraz z kosztami zastępstwa oraz urlopami pracowników;
- 5) kosztów utrzymania bazy parkingowej dla pojazdów realizujących zamówienie;
- 6) kosztów utrzymania nadzoru;
- 7) spodziewanego zysku.

Zamawiający, pomimo sygnalizacji ze strony odwołującego, w zakresie nieprawidłowego wyliczenia stawki przez konkurenta, nie podjął jakichkolwiek próby zbadania rzetelności takiego wyliczenia. Taki brak dołożenia należytej staranności nabiera na znaczeniu, tym bardziej że również na etapie przygotowania przetargu, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, które ostatecznie doprowadziło do podjęcia decyzji - nieprzystającej do warunków rynkowych – w zakresie przeznaczenia kwoty na sfinansowanie zamówienia.

Konkurent nie uwzględnił w swojej ofercie wszystkich elementów kosztotwórczych, w związku z czym jego oferta zawiera cenę sprzeczną z prawem i dobrymi obyczajami, co w szczególności stanowi utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom. Zamawiający nie może tolerować sytuacji, w której zaburzona jest wolna i uczciwa konkurencja w postępowaniu, o czym świadczą zasady wyrażone w art. 16 ustawy.

Przedmiot zamówienia obejmuje usługi wyspecyfikowane pod kodem CPV: 90513200-8 usługi wywozu stałych odpadów i w zakresie rejonu II polega na wykonywaniu prac polegających na opróżnianiu koszy, interwencyjnym opróżnianiu koszy, przestawianiu koszy i myciu koszy. W ramach rejonu II, którego dotyczy to odwołania, przedmiot zamówienia ma być realizowany na terenie dzielnic Mokotów, Ursynów, Wilanów.

W ocenie odwołującego realizacja przedmiotowego zamówienia wymaga zatrudnienia 10 pracowników w wymiarze pełnego etatu. (6 do obsługi 3 pojazdów w nocy do opróżniania koszy do godz. 7:00 i 4:00 do obsługi 2 pojazdów do opróżniania koszy w ciągu na godz. 12:00,16:00,18:00 i 20:00).

Odwołujący zwrócił uwagę, że – na podstawie przyjętych przez niego danych do wyliczenia kosztów osobowych – sam koszt zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę, przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia wraz z narzutami pracodawcy wynosi 857 467,20 zł w okresie 12 miesięcy (od grudnia 2024 do listopada 2025), przy czym wynagrodzenie miesięczne wyliczone zostało na kwotę odpowiednio 67 252,70 zł w grudniu 2024 r. oraz 71 455,60 zł od stycznia 2025 roku.

Dodatkowo przy określeniu pełnych kosztów osobowych, każdy z wykonawców zobowiązany jest uwzględnić kwotę obejmującą koszty związane z dodatkowymi kosztami pracy (praca w godzinach nocnych, w dni wolne od pracy, koszty z tytułu zastępstwa nieobecności związane z chorobą, urlopem, itp.), które Wykonawca określa w łącznej wysokości 171 439,44 zł, przy czym koszty miesięczne z tego tytułu skalkulowane zostały w wysokości 13 450,54 zł w grudniu 2024 r. oraz 14 291,12 zł od stycznia 2025 do listopada 2025 r.

Cena ofertowa powinna uwzględniać koszty związane z utylizacją odpadów komunalnych, zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami, które – na podstawie wyliczeń Wykonawcy wynoszą co najmniej 975 351,30 zł (przy uwzględnieniu ilości opróżnień – 1 271 965 oraz wagi odpadów podanych przez zamawiającego - 1266.69 (Mg) w 2023 r. Ograniczając wyliczenie kosztów, związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia już tylko do ww. części składowych ceny ofertowej, stwierdzić należy, że znajdują one pokrycie w wymiarze 90,04 % ceny ofertowej Konkurenta. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że kompleksowe koszty, jakie konkurent powinien uwzględnić w cenie ofertowej, obejmują również pozostałe, niezbędne koszty związane z:

- 1)amortyzacją pojazdów wymaganych dla realizacji zamówienia,
- 2)serwisem pojazdów, w tym koszty napraw min. 3 pojazdów,
- 3)zakupem paliwa,
- 4)zakupem wkładów do koszy ilość zgodnie z SWZ (kwota: 1626 x 60 zł + 886 x 50 zł) – 141 860 zł (na dzień składania odwołania) – jednorazowo na potrzeby wykonania zamówienia;
- 5)uzupełnianiem wkładów do koszy (min. kwota 36 000 zł/ rok ok. 50 wkładów miesięcznie).

Zamawiający powinien wziąć pod uwagę okoliczność, że konkurent nie realizuje obecnie zamówienia na rejonie II (aktualnie zamówienie realizowane jest przez innego wykonawcę, który używa wkładów do koszy, stanowiące własność odwołującego), w związku z czym konkurent zobowiązany będzie do poniesienia kosztów, związanych z wejściem na ten rejon, które powinny zostać uwzględnione w cenie ofertowej. Jest to związane nie tylko z koniecznością poznania terenu działań, ale również ze specyfiką wykonania prac przygotowawczych.

Zgodnie z pkt. 3.2. załącznika nr 2 do ww. wzoru umowy, „prace przygotowawcze obejmują działania w ramach których wykonawca (...) w okresie 1 – 5 grudnia 2024 r. uzupełni kosze we wkłady fabrycznie nowe lub używane w stanie zaakceptowanym przez zamawiającego.

Na czas uzupełnienia wkładów wykonawca jest zobowiązany do umieszczenia w koszu worka. Prace te zostaną potwierdzone przez zamawiającego protokołem odbioru prac przygotowawczych. Pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów zostaną przekazane z wkładami, gotowe do użytkowania.”

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest dysponować wkładami do koszy w liczbie określonej w załączniku nr 1 do umowy, przy czym parametry techniczne wkładów określone został w sposób następujący:

- wykonane z metalu,
- muszą posiadać otwory w dnie,
- muszą być dostosowane objętością i kształtem odpowiednio do koszy,
- muszą posiadać popielniczki.

Podkreślenia wymaga, że po zakończeniu realizacji umowy wszystkie wkłady będące własnością wykonawcy są usuwane z koszy zgodnie z pkt. 3.6 Załącznika nr 2 do wzoru umowy. Oznacza to, że - w ocenie wykonawcy - w rejonie II konkurent musi umieścić 2512 wkładów do koszy. Szacunkowy koszt zakupu samych wkładów do koszy wynosi: 141 860 zł netto (co stanowi ok. 6,37 % wartości oferty opróżniania). W przypadku wykonawcy koszty wkładów do koszy są już zamortyzowane, w związku z czym nie musi ich ponownie ponosić. Dodatkowo – jak wynika z doświadczenia wykonawcy, zdobytego w ramach obsługi rejonu II – do tych kosztów należy doliczyć konieczność wymiany/uzupełnienia wkładów (na skutek ich zniszczenia – akty wandalizmu – lub kradzieży) w ilości ok. 50 wkładów miesięcznie – daje to kwotę zł w okresie realizacji umowy (50 wkładów x 60 zł/wkład x 12 m-cy = 36 000 zł).

Wykonawca dzięki swojemu 20-to letniemu doświadczeniu w branży usług utrzymywania porządku na terenie miasta, potrafi ocenić rzetelność kalkulacji ceny ofertowej.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno profil, jak i skalę działania konkurenta, trudno uznać by możliwa była realizacja

przedmiotowego zamówienia, przy uwzględnieniu, określonego przez konkurenta, ceny jednostkowej za opróżnianie koszy na poziomie 1,75 zł netto (cena w kosztorysie oznaczona jako „Co”).

Konkurent nie realizuje na terenie m.st. Warszawy żadnej umowy tego typu oraz żadnej umowy porządkowej lub innej oraz nie ma bazy do parkowania pojazdów do przewożenia odpadów komunalnych z koszy ulicznych. Konkurent jest przedsiębiorcą, wchodzącym dopiero na rynek w branży utrzymywania porządku na terenie miasta, któremu trudno przypisać posiadanie przewagi konkurencyjnej w stosunku do wykonawcy np. co do oszczędności na zakupach paliwa wynikających z efektu skali (większe zakupy oznaczają większe rabaty na 1l paliwa) lub możliwości w zakresie obniżenia marży na dostawach/ usługach realizowanych przez inne podmioty w związku z wykonaniem przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo wykonawca ma też lepiej rozebraną sytuację, jeżeli chodzi o ilość odpadów, powstających w związku z realizacją usługi, a w konsekwencji z kosztami ich zagospodarowania (które – w przypadku korzystania z instalacji do zagospodarowania odpadów Remondis sp. z o.o. wzrosły od 1 lipca b.r. z 740 zł/Mg do 770 zł/Mg). Konkurent mógł więc nie doszacować tych kosztów. Tym bardziej, że obecna ilość odpadów zwiększyła się znacząco w stosunku do roku pandemicznego i wraz z napływem uchodźców z Ukrainy. Wykonawca skalkulował te zmienne w swojej ofercie, natomiast konkurent – mając na uwadze wysokość jej ceny ofertowej – nie uwzględnił tych wartości.

Wzrost kosztów w latach 2022/24 bezpośrednich - zarówno pracowniczych jak i pozostałych pośrednich – usług obcych, wynajmu baz pojazdów, kosztów zakupu energii elektrycznej, itd. pozwala na zakwestionowanie rzetelności kalkulacji ceny ofertowej konkurenta.

Odwołujący powołał wyrok KIO z 15.10.2018 r., sygn. akt KIO 1946/18, wyrok KIO z 17 czerwca 2021, sygn. akt KIC 1612/21, wyrok z 17 stycznia 2022 r., KIO 3710/21; por. również wyrok KIO z 7 czerwca 2022 r., KIO 1390/22.

Okoliczności sprawy jednoznacznie wskazują, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do rzetelności wyliczenia ceny ofertowej przez konkurenta. Zamawiający powinien zatem wezwać konkurenta do przedstawienia szczegółowej kalkulacji wszystkich części składowych ceny, tak aby móc wnikliwie sprawdzić czy ten wykonawca uwzględnił pełen zakres kosztów, niezbędnych w celu należytego wykonania zamówienia.

Wysokość ceny zaoferowanej przez konkurenta, odpowiada cenie zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia w tym samym zakresie przez zamawiającego, jakie miało miejsce jeszcze w 2022 roku. Przy uwzględnieniu jednak stałego wzrostu minimalnego wynagrodzenia, w tym dwukrotnej podwyżki minimalnego wynagrodzenia w roku bieżącym, utrzymanie dotychczasowej wysokości ceny ofertowej, chociażby wyłącznie z tego powodu było niemożliwe.

1 października 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

4 października 2024 r. do postępowania po stronie odwołującego przystąpił Piotr Purchała prowadzący działalność CT Piotr Purchała z siedzibą w Warszawie, ul. JRR Tolkiena 3/181. Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów od odwołującego. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy, do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Oferta CT jest zgodna z warunkami zamówienia, została prawidłowo skalkulowana i nie zawiera rażąco niskiej ceny, stąd też nie zachodzą podstawy do jej odrzucenia oferty. Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty wykonawcy, w efekcie odwołanie jest bezpodstawne i podlega oddaleniu w całości. Wykonawca wskazał, że szczegółowe stanowisko zajmie w dalszym piśmie. Przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść zamawiającego, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania, doszłoby do bezpodstawnego odrzucenia oferty CT z postępowania, która została uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić zatem do uniemożliwienia pozyskania zamówienia przez przystępującego, a tym samym utraty zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto działanie takie prowadziłoby do bezpodstawnego odrzucenia oferty zgodnej z warunkami zamówienia i prawidłowo skalkulowanej, a celem przystępującego jest udział w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem przepisów prawa zamówień publicznych.

15 października 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości,

Zdaniem zamawiającego poziom cenowy oferty złożonej przez wykonawcę CT Piotr Purchała nie uzasadnia wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Cena zaoferowana przez wykonawcę CT Piotr Purchała nie odbiega w sposób znaczny od cen innych ofert oraz od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego. Nie sposób uznać, że jest to cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób, poniżej kosztów i bez zysku wykonawcy. Niska cena jest wynikiem zwiększonej konkurencji na rynku, zastosowaniem przez wykonawcę niższej marży. Zamawiający – opierając się na dotychczasowym doświadczeniu w realizacji tego rodzaju zamówienia – nie miał wątpliwości, iż realizacja zamówienia po tej cenie jest możliwa zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za cenę 2.425.613,85 zł, podczas gdy zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części kwotę 2.443.264,57 zł. Kwota zaoferowana przez wykonawcę jest więc nieznacznie niższa, niż

wartość oszacowana przez zamawiającego. Nie jest prawdziwe twierdzenie odwołującego, iż rok do roku następuje zwiększenie cen ofertowych w tego rodzaju usługach. Nawet z tabeli zaprezentowanej przez odwołującego wynika, że poziom cen uległ stabilizacji – po roku 2022 ceny w kolejnych latach za opróżnianie koszy są niższe (por. tabela na stronie 9-10 odwołania - cena Polsuper z 2022 r. – 1,79 zł, z 2023 – 1,65 zł, cena PreZero Bałtycka Energia z 2022 – 2,13 zł, z 2023 r. – 1,85 zł, cena Fagus sp. z o.o. z 2022 r. - 6,10 zł, z 2023 r. - 2,60 zł). Zwiększenie konkurencyjności w bieżącej edycji postępowania na opróżnianie koszy ulicznych oraz stabilizacja cen powodują, że cenę zaoferowaną przez wykonawcę CT Piotr Purchała części II zamówienia uznać należy za cenę rynkową, która nie rodzi wątpliwości zamawiającego.

Główny zarzut odwołującego dotyczy odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy CT Piotr Purchała. Wnioski, które odwołujący formułuje na podstawie analizy wyjaśnień złożonych przez konkurencyjnych wykonawców, są całkowicie nieuzasadnione.

Zamawiający zacytował treść art. 224 ust. 6 ustawy. Wywiódł, że nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy bez uprzedniego przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2024 r., KIO 121/24

Jeżeli – jak już wskazano powyżej – cena zaoferowana przez wykonawcę CT Piotr Purchała jest ceną realną, zbliżoną do wartością przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia, w związku z czym brak było podstaw do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to tym bardziej nie znajduje oparcia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty.

17 października 2024 r. przystępujący Piotr Purchała wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego.

Przystępujący w całości popiera stanowisko zamawiającego z 15 października 2024 r.

Spór sprowadza się do oceny czy oferta Wykonawcy CT zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji podlega odrzuceniu. Argumentacja odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że oferta CT nie uwzględnia wzrostów ceny rok do roku w tego typu usługach (1), oraz na podstawie wyliczeń własnych Superpolu

- cena oferty na opróżnianie koszy przystępującego nie pozwala na wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SWZ, w szczególności nie uwzględnia kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów utylizacji odpadów oraz zakupu wkładów do koszy

W ocenie przystępującego cena oferty za opróżnianie koszy jest po pierwsze: ceną realną i rynkową, różniącą się nieznacznie od oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia. Jest również ceną zbliżoną do pozostałych cen oferowanych w przetargu przez konkurentów. Po drugie wyliczenia własne Superpolu są oparte na odmiennych założeniach organizacji pracy i realizacji zamówienia, a co za tym idzie nie mają zastosowania do oferty CT. Zamawiający nie miał wątpliwości, że realizacja zamówienia w cenie 2.425.613,85 zł jest możliwe na warunkach określonych w SWZ. W efekcie nie zaszły przesłanki ani do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ani odrzucenia oferty, które nie jest możliwe bez wcześniejszego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że zaoferowana przez CT cena opróżniania koszy jest ceną realną

i rynkową, stąd też brak jest podstaw do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaś zarzut nr 2 jest bezpodstawny]

Cena oferty CT na opróżnianie koszy jest ceną rynkową, pokrywającą wszystkie koszty zamówienia oraz pozwalającą na realizację umowy zgodnie z wymogami SWZ. Co więcej jest to cena jedynie o 2,8% niższa niż oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia, oraz cena zbliżona do cen zaoferowanych przez innych konkurentów, stąd też brak był podstaw do obligatoryjnego wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Co więcej trzecia oferta w aktualnym postępowaniu złożona została przez firmę PU Anna Olkowska, która w zeszłym roku oferowała cenę jednostkową za opróżnianie koszy w wysokości 1,75 zł netto, a więc identyczną do aktualnej ceny jednostkowej przystępującego.

Zamawiający jest podmiotem, który od lat regularnie prowadzi przetargi na opróżnianie koszy w Warszawie, stąd też bazując na własnym doświadczeniu z realizacji tożsamyh zamówień, nie miał wątpliwości, iż cena ta pozwala na prawidłową realizację zamówienia.

Przy czym jedynie pojawienie się takich wątpliwości obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Powołał wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3374/22.

Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego

Po drugie – rzekoma tendencja wzrostu cen z roku do roku została wytworzona przez odwołującego jedynie na potrzeby

postępowania odwoławczego i nie potwierdza jej analiza cen składanych przez konkurentów na przestrzeni ostatnich lat. Dla przykładu – sam odwołujący w 2022 roku oferował cenę jednostkową za opróżnianie koszy w wysokości 1,79 zł netto, a w 2023 roku w wysokości 1,65 zł netto, a zatem niższą o 10 groszy netto.

Po trzecie - wyliczenia własne Superpolu są oparte na odmiennych założeniach organizacji pracy i realizacji zamówienia (właściwych dla tego wykonawcy), a co za tym idzie nie mają zastosowania do oferty CT. Oczywistym jest bowiem, że koszty te mogą być różne u różnych wykonawców z uwagi na przyjęty przez nich model organizacji pracy, sposób zatrudnienia, status przedsiębiorstwa i jego skalę. Przystępujący wskazał, że:

a. [wyliczenia kosztów osobowych – oparte na błędnych założeniach odwołującego]

Przystępujący uwzględnił ilość pracowników niezbędną do realizacji zamówienia (10 pracowników w pełnym wymiarze według założeń odwołującego), oraz 1 miesiąca według stawki minimalnego wynagrodzenia z 2024 roku i 11 miesięcy według stawki minimalnego wynagrodzenia z 2025 roku, całkowity miesięczny koszt pracodawcy uwzględnia wynagrodzenie brutto powiększone o koszty związane z ubezpieczeniem, a także narzut na pracę w godzinach nocnych na poziomie 20%.

W tym miejscu przystępujący przedstawił w formie tabeli wyliczenia kosztów pracowniczych, z których wynikało, że łącznie przez 12 miesięcy koszty te wyniosą 804 991,56 zł, a w ujęciu 1 miesiąca 67 082,63 zł

Powołał wyrok z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3374/22.

Kalkulacja odwołującego nie zakłada jednak, dwóch istotnych kwestii, znacząco obniżających koszty. Przystępujący będzie również prace wykonywał osobiście, a w tym zakresie nie podlega ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz obniża koszty osobowe związane z zatrudnieniem. Po drugie – założenia odwołującego nie uwzględniają organizacji pracy przewidzianej przez przystępującego przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Przystępujący bowiem od 1 października 2024 roku wykonuje równoległe drugą umowę dla zamawiającego w zakresie ręcznego oczyszczania terenów przystanków, ciągów komunikacyjnych (w tym chodników, przejść dla pieszych), ścieżek rowerowych oraz parkingów na terenie Mokotowa (a postępowanie dotyczy opróżniania koszy na terenie Mokotowa, Ursynowa i Wilanowa), zatem będzie w stanie minimalizować jednostkowy koszt osobowy, a pracownicy będą jednocześnie wykonywać część zamówień na tożsamym terenie, nie tracąc czasu na dodatkowe dojazdy.

b. [wyliczenia koszty zakupu wkładów do koszy - oparte na błędnych założeniach odwołującego]

Polsuper zakłada, że całkowity koszt zakupu wkładów do koszy wyniesie 141.860 zł. Przy czym SWZ nie wymaga, aby przystępujący dysponował nowymi wkładami (jak zakłada odwołujący) lub musiał je mieć na własność, co przekłada się na ponoszone koszty związane z realizacją zamówienia. W tym kontekście odwołujący, sam użycza innemu podmiotowi, aktualnie wykonującemu zamówienie swoich wkładów, co jest normalną praktyką na rynku i nie ma wymogu posiadania wkładów na własność.

[Koszty pojazdów oraz ich ilość zapewniająca realizację usługi] Przystępujący wbrew założeniom odwołującego, dysponuje nowoczesnym sprzętem, objętym gwarancją, stąd też koszty związane z jego ewentualnymi naprawami są nieznaczące. Sprzęt również będzie wykorzystywany częściowo na dwóch umowach jednocześnie, co wpłynie na optymalizację kosztów i rozłoży się proporcjonalnie na dwie umowy.

Cena paliwa kształtuje się na poziomie 6 zł/litr, a więc niższym niż rok temu. Przy czym przystępujący zakłada spalanie pojazdów w granicach 6-8 litrów na 100 km. Przystępujący zakłada 250 km dziennie przy realizacji tej umowy (przy czym jest to założenie ze znacznym zapasem), dzienne spalanie przy założeniu 8 litrów na 100 km to będzie 120 zł, zatem miesięcznie będzie to koszt na poziomie 3720 zł.

W tym miejscu wyliczenia zobrazował tabelą.

Nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie 226 ust. 8 ustawy, bez wcześniejszego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a skoro brak jest podstaw do takiego wezwania, zarzut nr 1 podlega oddaleniu jako bezpodstawny i przedwczesny.

Dyspozycja art. 224 ust. 6 ustawy wskazuje, że odrzucenie oferty możliwe jest jedynie w przypadku nieudzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie (1) lub złożenia wyjaśnień z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (2). W efekcie zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty, której cena wydaje mu się rażąco niska. Obowiązkiem zamawiającego jest najpierw wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, a następnie ocena tych wyjaśnień i dopiero w razie negatywnej ich oceny lub nie złożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że cena oferty jest ceną realną i nie zachodzą przesłanki do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Z kolei odrzucenie oferty wykonawcy, stosunku, do którego nie przeprowadzono procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie jest możliwe na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, stąd też zarzut nr 1 jest bezpodstawny oraz przedwczesny.

Oferta CT jest zgodna z warunkami zamówienia, została prawidłowo skalkulowana i nie zawiera rażąco niskiej ceny, stąd też nie zachodzą podstawy do prowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czy odrzucenia oferty.

Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty wykonawcy, w efekcie odwołanie jest bezpodstawne i podlega oddaleniu w całości.

Ustalenia faktyczne:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) zamawiający postanowił:

2. Zamówienie dotyczy wykonania:

Dla części I-V:

a) opróżniania koszy,

b) przestawiania koszy,

Część I /rejon I/ - Dzielnica Śródmieście;

Część II /rejon II/ - Dzielnice: Mokotów, Ursynów, Wilanów;

Część IV /rejon IV/ - Dzielnice: Bemowo, Bielany, Wola, Żoliborz;

Część V /rejon V/ - Dzielnice: Praga Północ, Targówek, Białołęka;

Do realizacji prac polegających na opróżnianiu koszy oraz pojemników do selektywnej zbiórki odpadów, Wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest zatrudnić pracowników w oparciu o umowę o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy.

5. Szczegółowe warunki związane z zatrudnieniem pracowników w oparciu o umowę o pracę określa załącznik nr 4 do wzorów umów.

6. Szczegółowy opis oraz standardy jakościowe istotnych cech przedmiotu zamówienia stanowią załączniki nr 2 do wzorów umów.

7. Zakres prac określają załączniki nr 1 do wzorów umów.

8. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych we wzorach umów stanowiących załączniki nr 4a i 4b do SWZ

9. Kosztorysy stanowią załączniki 1/I- 1/VI do SWZ

12. /dla części I-V/ Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa Opcji w następujący sposób:

12.1. włączenie do opróżniania dodatkowych koszy:

- częstotliwość opróżnień koszy nie będzie większa, niż 5 opróżnień dziennie

- liczba koszy wyniesie nie więcej niż 120 sztuk;

12.2. zwiększenie częstotliwości opróżniania koszy maksymalnie o:

– 2 opróżnienia – na trasach z ilością od 3 do 5 opróżnień dziennie,

– 3 opróżnienia – na trasach z ilością od 1 do 2 opróżnień dziennie;

12.3. Zamawiający poinformuje Wykonawcę o skorzystaniu z Opcji, w tym o nowej częstotliwości opróżniania koszy, z co najmniej 48 godzinnym wyprzedzeniem;

12.4. Wartość wynagrodzenia za prace zlecone w ramach Opcji nie przekroczy 10% wartości łącznego wynagrodzenia brutto za podstawowy zakres zamówienia, określonego w § 4 ust. 1 wzoru umowy;

12.5. Prace realizowane w ramach Opcji będą rozliczane po cenie jednostkowej określonej w § 4 ust. 4 umowy.

Termin wykonania zamówienia

Zamówienie będzie realizowane przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 1 grudnia 2024 r.

Opis sposobu obliczania ceny

1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) ceny ofertowej brutto stanowiącej poz. 3 „Cena ofertowa”, kolumna „wartość prac z VAT” z załącznika nr 1/I-V do SWZ oraz poz. 4 „Cena ofertowa”, kolumna „wartość prac z VAT” z załącznika nr 1/VI do SWZ (w zależności od części, na którą składana jest oferta).

2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SWZ. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w załączniku „Kosztorys”.

3. Cena ofertowa winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).

Projektowane postanowienia umowne:

§ 3

[Warunki wykonania umowy]

2. Wykonawca oświadcza, że posiada uprawnienia, doświadczenie, potencjał kadrowy i techniczny niezbędny do wykonania przedmiotu Umowy, w tym wpis do rejestru prowadzonego na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01), (wpis do rejestru BDO).

3. W zakresie zagospodarowania odpadów Wykonawca postępować będzie zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a w szczególności posługiwać się będzie przy gospodarowaniu odpadami podmiotami

spełniającymi warunki określone ww. ustawą.

§ 4

[Wynagrodzenie. Termin zapłaty.]

1. Zamawiający określa, że za zlecone i prawidłowo wykonane prace w okresie obowiązywania umowy zapłaci Wykonawcy łączne wynagrodzenie brutto nie wyższe niż: zł (słownie: złotych, .../100).

2. Kwota wynagrodzenia wskazana w ust. 1 nie obejmuje wynagrodzenia za prace wykonane w ramach Opcji.

3. W przypadku osiągnięcia wysokości brutto środków, o których mowa w ust. 1, przed datą określoną w § 2, umowa ulega automatycznemu rozwiązaniu bez składania w tym względzie dodatkowych oświadczeń.

4. Wykonawca za prawidłowo wykonane prace będzie otrzymywał wynagrodzenie według cen jednostkowych wymienionych poniżej na zasadach określonych w załączniku nr 2 do umowy:

$Co = \dots \text{zł netto} + 8\% \text{ VAT tj. } \dots \text{zł brutto}$ (słownie: złotych, .../100.), gdzie

Co oznacza cenę za jednorazowe opróżnienie kosza,

$Cp = \dots \text{zł netto} + 8\% \text{ VAT tj. } \dots \text{zł brutto}$ (słownie: złotych, .../100.), gdzie

Cp oznacza cenę za jednorazowe przestawienie kosza,

5. Ceny jednostkowe będą obowiązywały przez cały okres realizacji umowy i obejmują całość wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy, w tym wszelkie wydatki i nakłady, w szczególności koszty transportu, materiałów, zapewnienia wkładów, worków do koszy itp.

6. Prace, po zakończeniu każdego okresu rozliczeniowego, na podstawie protokołów, o których mowa w § 6, odbierane będą jednostronnym protokołem zbiorczym sporządzonym przez Zamawiającego, będącym podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT. Za okres rozliczeniowy przyjmuje się miesiąc kalendarzowy.

W szczegółowych zakresach prac zamawiający podał:

nazwa trasy, odcinek/ lokalizacja/ nazwa przystanku, rodzaj przystanku, typ kosza pojemność, ilość koszy, częstotliwość opróżnień, ilość opróżnień w podanych przez zamawiającego okresach, godziny opróżnień w podanych przez zamawiającego okresach.

Wymagania jakościowe prac oraz warunki realizacji umowy

Wykonawca miał zapewnić osobę/osoby do kontaktu z zamawiającym, posiadać minimalny sprzęt to jest dla rejonów I, II, IV dysponować 3 pojazdami ciężarowymi spełniającymi minimum wymogi normy Euro 5 o ładowności max. 3,5t wyposażonymi w zabezpieczenie skrzyni przed wywiewaniem śmieci /zabudowa, siatka, itp./, a dla rejonu V dwoma pojazdami. W przypadku wykonywania prac co najmniej 5 pojazdami Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia we flocie pojazdów używanych do realizacji zamówienia, odpowiedniej liczby pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym, określonej w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych

Wykonawca zobowiązany jest dysponować oddzielnie dla części I (rejon I), części II (rejon II), części III (rejon III), części IV (rejon IV), części V (rejon V) 1 pojazdem dostosowanym do przewozu koszy umożliwiającym wykonanie usługi przestawiania.

Wykonawca zobowiązany jest dysponować wkładami do koszy w liczbie określonej w załączniku nr 1a do umowy – z wyłączeniem wkładów do koszy metalowych o pojemności 70 l /dotyczy części I, II, IV, V/, metalowych o pojemności 45 l /dotyczy części IV/, stalowych o pojemności 60 l /dotyczy części IV/ oraz betonowych z dekletem o pojemności 55 l, betonowych o pojemności 55 l i metalowych o pojemności 50l niebędących własnością zamawiającego /dotyczy części IV, V/*.

Parametry techniczne wkładów:

- wykonane z metalu,
- muszą posiadać otwory w dnie,
- muszą być dostosowane objętością i kształtem odpowiednio do koszy,
- muszą posiadać popielniczki,

1.5. Po zakończeniu realizacji umowy wszystkie wkłady będące własnością Wykonawcy są usuwane z koszy zgodnie z pkt. 3.6 załącznika nr 2 do umowy.

1.6. Wykonawca zobowiązany jest dysponować pracownikami przewidzianymi do bezpośredniej realizacji prac, w liczbie gwarantującej realizację zamówienia zgodnie z warunkami umowy Prace przygotowawcze.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2024 roku protokołem przekaże Wykonawcy kosze do eksploatacji. Wykonawca w ramach prac przygotowawczych przy koszach w okresie 1 – 5 grudnia 2024 r. uzupełni kosze we wkłady fabrycznie nowe lub używane w stanie zaakceptowanym przez Zamawiającego. Na czas uzupełnienia wkładów Wykonawca jest zobowiązany do umieszczenia w koszu worka. Prace te zostaną potwierdzone przez Zamawiającego protokołem odbioru prac przygotowawczych.

3.3. Prace opróżniania koszy obejmują:

- opróżnienie /usunięcie/ całej zawartości kosza w tym również usunięcie zanieczyszczeń znajdujących się pod wkładem oraz w promieniu 2 metrów od kosza; odpady należy umieścić bezpośrednio na pojeździe oraz zagospodarować zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
- umieszczanie w koszu wkładu metalowego w sposób niepowodujący jego wystawania 1,5 cm powyżej krawędzi kosza,
- utrzymanie czystości w promieniu 2 metrów od kosza,
- w przypadku koszy wyposażonych w zamki /dotyczy części I, II, IV, VI/, każdorazowo po ich opróżnieniu zamykanie koszy na zamek w sposób uniemożliwiający jego otworzenie przez osoby trzecie, □
- W przypadku zaistnienia konieczności czasowego usunięcia wkładów z koszy (dotyczy zarówno wkładów będących własnością Wykonawcy jak i Zamawiającego) ze wskazanej strefy na czas trwania uroczystości, zgromadzeń, imprez masowych itp. w miejsce wkładu należy włożyć worek do gromadzenia odpadów.

Wykonawca ma świadczyć także prace kontrolne wykonywane podczas opróżniania koszy w zakresie prawidłowego rozmieszczenia, dostępności, monitoringu stanu technicznego, stanu technicznego wkładów do koszy, estetyki zewnętrznej koszy.

Prace przestawiania koszy obejmują:

- załadunek przy użyciu pojazdu dostosowanego do przewozu i przestawiania koszy,
- transport na odległość większą niż 10 m,
- ustawienie koszy we wskazanym przez Zamawiającego miejscu i terminie.

Teren po usuniętym koszu należy doczyścić.

Informacja o ilości odpadów z koszy /dane w Mg/

Zamawiający Wykonawca

Rok 2023 Rejon I-828,24 Rejon II – 1 266,69 Rejon IV – 1 105,70 Rejon V - 610,34

Obowiązki wykonawcy wynikające z zastosowania klauzuli społecznej związane z zatrudnieniem pracowników w oparciu o umowę o pracę

Do realizacji prac polegających na opróżnianiu koszy, Wykonawca lub Podwykonawca zobowiązany jest zatrudnić osoby na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 14.742.270,93 zł (brutto), w tym na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia:

Część Kwota brutto

I 3.902.565,29

II 2.443.264,57

IV 2.553.637,56

V 2.344.483,94

W części I złożono następujące oferty:

Konsorcjum firm: AG - COMPLEX sp. z o.o. - lider PARTNER Dariusz Apelski sp. z o.o. ul. Płytowa 14, 03-041 Warszawa - 4.887.515,22

REMONDIS sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa - 5.983.169,87

MS-EKO sp. z o.o. ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa - 8.864.955,36

Zielony Świat Józef Jankowski Budykierz 6a, 07-308 Poręba - 4.160.499,13

W części II złożono następujące oferty:

POLSUPER sp. z o.o. ul. Krakowskie Przedmieście 4 00-333 Warszawa - 2.910.736,62

PU Anna Olkowska ul. Topolowa 30/180, 03-138 Warszawa - 3.870.182,16

CT Piotr Purchała ul. Tolkiena 3/181, 02-676 Warszawa - 2.425.613,85

W części IV złożono następujące oferty:

REMONDIS sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa - 3.302.688,01

MS-EKO sp. z o.o. ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa - 5.808.391,20

AREA Dawid Mróz Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka - 2.304.800,57

W części V złożono następujące oferty:

REMONDIS sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa - 3.034.747,74

MS-EKO sp. z o.o. ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa - 5.336.249,76

Zielony Świat Józef Jankowski Budykierz 6a, 07-308 Poręba - 2.639.389,01

AREA Dawid Mróz Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka - 2.120.665,41

W dniu 7 sierpnia 2024 r. zamawiający sporządził notatkę służbową, z której wynika, że:

Wnioskuję o zwiększenie kwot niezbędnych do sfinansowania zamówienia dla części I, III i VI, do poziomu kosztu ofert złożonych przez firmy Zielony Świat Józef Jankowski, FAGUS Sp. o.o. i konsorcjum firm BYŚ Wojciech Byśkiniewicz EKO-BYŚ sp. z o.o.

W obecnym postępowaniu zastosowano do kalkulacji wartości zamówienia stawki jednostkowe, które są średnimi ze stawek obowiązujących umów. Ten sposób szacowania ujednolicił stawkę we wszystkich rejonach na potrzebę obliczeń, ale nie uwzględnił inflacji, wzrostu kosztów pracowniczych, transportu, różnic w intensywności prac pomiędzy rejonami, które przekładają się w prosty sposób na wysokość stawek za pracę.

Analiza stawek jednostkowych obowiązujących umów dla części I, III i VI i tych ze złożonych ofert pokazuje, że stawki zaproponowane na rok 2025 są wyższe, ale nieznacznie. Pozwala to sądzić, że zostały one aktualizowane przez wykonawców do poziomu obecnych realiów rynku i należy uznać je za wiarygodne.

12 sierpnia 2024 zamawiający wystąpił do AREA w zakresie części IV i V oraz Józefa Jankowskiego w zakresie części I o wyjaśnienie zaoferowanej ceny, gdyż jest ona niższa od średniej arytmetycznej złożonych dla tych części ofert o więcej niż 30%.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Do wyjaśnień należało załączyć kalkulację ceny oferty, zgodnie z załącznikami do pisma zamawiającego.

Zamawiający pouczył, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zamawiający opracował kalkulację, w której oczekiwał przedstawienia:

1. Kosztów zatrudnienia pracowników na umowę o pracę - koszty pracodawcy, w tym liczby pracowników, miesięcznego kosztu zatrudnienia 1 pracownika (dla pracodawcy), kosztu zatrudnienia – 12 miesięcy (dla pracodawcy) dla stanowisk: kierowcy zmiany dziennej, pracownika fizycznego zmiany dziennej, kierowcy zmiany nocnej, pracownika fizycznego zmiany nocnej,
2. Inne dodatkowe koszty zatrudnienia - urlopy kierowców (26 dni rocznie), urlopy pracowników fizycznych - 26 dni rocznie czyli 208 godzin ze wskazaniem ilości pracowników i kosztu dla pracodawcy
3. Koszty wyposażenia koszy we wkłady - zamawiający podał rodzaj wkładu i liczbę wkładu każdego rodzaju i oczekiwał podania kosztu brutto zakupu 1 szt. wkładu i kosztu łącznego oraz wskazania firmy dostarczającej wkłady do koszy.
4. Koszty utylizacji odpadów - zamawiający podał zakładaną do zebrania ilość odpadów (Mg) w 12 miesięcy, oczekiwał podania ceny z 1 Mg i kosztu łącznego oraz adresu instalacji, do której będą przekazane odpady i kosztu transportu odpadów.
5. Koszty utrzymania samochodów (amortyzacja, ubezpieczenia, naprawy itp.)
6. Koszty zakupu paliwa w tym podania marki i modelu samochodu, zakładanej liczby kilometrów- w skali umowy, ilości zużytego paliwa- w skali umowy, zakładanej ceny zakupu 1 litra paliwa brutto i całkowitego kosztu zakupu paliwa –w skali umowy.

7. Inne nieujęte koszty (wskazać jakie)

Końcowo oczekiwał podania zestawienia wskazanych kosztów z podaniem dodatkowo zysku.

Wykonawca Józef Jankowski wyjaśnił, że oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu w zakresie będącym przedmiotem wezwania jest:

- zgodna z SWZ wraz z wyjaśnieniami oraz modyfikacjami,
- rzetelna,
- zgodna z obowiązującymi przepisami prawa,
- uwzględnia całkowity zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia,
- umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę,
- pozwala na osiągnięcie zysku.

1. Potwierdzenie zgodności treści oferty z SWZ i wyceny całkowitego zakresu przedmiotu zamówienia.

W cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie wymagania SWZ a także, że cena oferty jest ceną realną i za taką cenę jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia z dodatnim wynikiem finansowym.

Przy dokonywaniu obliczeń ceny ofertowej wykonawca przede wszystkim zwracał uwagę na charakter oraz specyfikę zamówienia, które mogą mieć największy wpływ na cenę ofertową.

Wykonawca przyjął opisaną poniżej procedurę kalkulacji ceny:

- (1) szczegółowa weryfikacja ilości i zakresu prac zgodnie z SWZ,
- (2) wykorzystanie własnego potencjału osobowego, sprzętowego w celu wykonania zamówienia,
- (3) kalkulacje kosztów personelu z uwzględnieniem obowiązujących przepisów przy jednoczesnym zapewnieniu atrakcyjnych warunków płacowych dla nowo zatrudnionych pracowników,
- (4) weryfikacja dostępności oraz cen materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu posiadanych od naszych stałych partnerów rabatów zakupowych,

- (5) kalkulacja kosztów utylizacji odpadów,
- (6) kalkulacja własna kosztów bezpośrednich i pośrednich,
- (7) otrzymanie ofert podwykonawczych,
- (8) kalkulacja ryzyk.

W wezwaniu, poza przywołaniem elementów mogących mieć wpływ na cenę ofertową, które zostały wymienione w ustawie, zamawiający oczekuje w szczególności zaprezentowania szczegółowej kalkulacji wymienionych kosztów w postaci zestawienia tabelarycznego. Ponadto zgodnie z treścią wezwania zamawiający prosi o wskazanie czynników mających istotny wpływ na wysokość ceny oferty.

W załączniku do pisma wykonawca przedstawił elementy cenotwórcze oferty, wnosząc o ich uwzględnienie w trakcie oceny wyjaśnień.

Oferty złożone w Postępowaniu.

Jak wynika z informacji z czynności otwarcia ofert w odniesieniu do Części 1 objętej wezwaniem zamawiającego kwota jaką zamierza przeznaczyć zamawiający na sfinansowanie zamówienia wynosi: 3.902.565,29 brutto.

Zatem w relacji do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego cena oferty wykonawcy w wysokości 4.160.499,13 jest ceną nie wzbudzającą wątpliwości odnośnie jej realności i rzetelności.

Z kolei zawyżenie średniej arytmetycznej, które jest przyczyną aktualnego wezwania do wyjaśnień ceny przez Zamawiającego, wynika z rażącego zawyżenia cen kilku ofert, które są cenami całkowicie nierynkowymi. Trudno bowiem uznać ofertę na poziomie 8.864.955,36 zł za realną, rynkową i konkurencyjną. W ocenie wykonawcy uznać należy je za celowo zawyżone i nierynkowe ale jednocześnie odpowiedzialne za „zbudowanie” zawyżonej średniej arytmetycznej.

Jak wynika z zestawienia złożonych ofert oraz relacji pomiędzy nimi z uwzględnieniem budżetu zamawiającego mamy do czynienia z wyceną kilku wykonawców na poziomie znacznie powyżej wartości zamówienia. Powyższe oznacza, że sama średnia arytmetyczna w tej sytuacji nie powinna być powodem wątpliwości odnośnie wyceny. Wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego który od wielu lat zleca realizację tożsamyh usług nie powoduje powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo wskazał, że uwzględniając specyfikę przedmiotu zamówienia tego rodzaju różnice występujące w cenach ofert w postępowaniach przetargowych nie są wyjątkowe.

Podsumowując w ocenie wykonawcy właściwym punktem odniesienia w zakresie ustalenia rzetelności i realności wyceny ofertowej nie powinna być bez wątpienia automatycznie sama średnia arytmetyczna, która ma swoje ustalenie w niewątpliwie zawyżonych i nierealnych dla rzetelnej konkurencji wycenach kilku wykonawców ale wyceny ofertowe praktycznie połowy uczestników postępowania oraz samego zamawiającego.

Przykładowo powołał wyrok z dnia 28 marca 2013 r., sygn. akt KIO 592/13, wyrok z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11), wyrok KIO 728/16; KIO 741/16; KIO 802/16 z dnia 30.05.2016 (LEX nr 2087615), postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05, wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07.

Cenę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień. Wykonawca podkreślił, że w wycenie zostały przyjęte wszystkie wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia jak i we wzorze umowy koszty wymagane przez zamawiającego.

Ze wskazanych wyroków wynika zatem jednoznacznie, że o rażąco niskiej cenie można mówić jedynie wtedy, gdy cena ta nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie odzwierciedla cen rynkowych, gdy cena zakłada realizację zamówienia poniżej kosztów lub gdy jest ceną symboliczną.

Wykonawca stoi na stanowisku, że ceny zaproponowanej w jego ofercie nie można w świetle powyższych orzeczeń uznać za rażąco niską, skoro:

- nie odbiega w znaczny sposób od wartości zamówienia ustalonej przez profesjonalnego i doświadczonego w zamówieniach tego rodzaju zamawiającego a także cen zaproponowanych przez kilku pozostałych wykonawców w tym postępowaniu,
- uwzględnia ona wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ, oraz wzorem umowy,

W ocenie wykonawcy, co potwierdzają poniższe wyjaśnienia, w przedmiotowej sprawie nie można mówić o cenie posiadającej cechy, o których mowa powyżej, co upoważniłoby zamawiającego do skorzystania z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy i odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia w zakresie złożonej oferty

Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawca skalkulował cenę ofertową, która uwzględnia cały zakres rzeczowy określony w SWZ, przewidziany do wykonania w ramach umowy.

Wykonawca skalkulował cenę w oparciu o przekazane przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia i warunki

realizacji umowy o zamówienie publiczne. Kalkulacja ceny ofertowej uwzględnia również udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia.

Wartości jakie uwzględniono przy wycenie zostały przez wykonawcę ustalone i obliczone poprawnie (czego dowodem jest załączony do wyjaśnień Kosztorys), i w tym zakresie oferta nie zawiera ani niezgodności oferty z SWZ, jak również nie zawiera jakichkolwiek błędów obliczeniowych. Oferta nie zawiera informacji świadczących o pominięciu przy wycenie jakiegokolwiek elementu składowego.

Dokumenty złożone wraz z wyjaśnieniami zawierają szczegółowe wyliczenie kosztów realizacji umowy i zgodnie z SWZ dokumenty potwierdzają, że cena zaoferowana w postępowaniu obejmuje wszystkie koszty niezbędne do wykonania prac określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz są zgodne ze standardami wykonania usług określonymi w dokumentacji.

Odnosząc się do poszczególnych elementów zamówienia:

Tabela składana wraz z wyjaśnieniami zawiera wycenę wynagrodzenia personelu, kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów, materiałów, sprzętu i transportu, a także koszty dodatkowe.

Dokument prezentuje podstawy kalkulacyjne wszystkich kosztów przyjętych do wyceny wg kosztorysu i umożliwia weryfikację ich przez zamawiającego a także ocenę ich rynkowego i kompleksowego charakteru. Prezentuje sposób kalkulacji kosztów wchodzących w skład wyceny ofertowej poszczególnych pozycji kosztorysu.

Wykonawca wskazał, że składane wraz z niniejszymi wyjaśnieniami dowody w postaci m.in. umowy stanowią potwierdzenie dostępnego Wykonawcy poziomu cen rynkowych wykonania poszczególnych części zamówienia i potwierdzają jednocześnie rynkowy charakter wyceny przyjętej na potrzeby kalkulacji ceny oferty.

Dane zawarte w kosztorysie odzwierciedlają poprawne podstawy kalkulacyjne i zawierają wyceny i wartości rynkowe zarówno kosztów usług robocizny jak i materiałów i sprzętu. Dokumenty te i obliczenia są kompletne i spójne a także, zdaniem wykonawcy, pozwalają na weryfikację ich realności rynkowej.

Dodatkowo wskazał, że wycena ma charakter zindywidualizowany, dostępny dla wykonawcy i prezentuje wycenę adresowaną na potrzeby przedmiotowego przetargu i prezentuje koszty wykonania zamówienia jakie przewidział ponieść wykonawca w trakcie realizacji zamówienia.

Zakres świadczeń skalkulowany w ofercie jest w pełni zgodny z wymaganiami SWZ i uwzględnia pełny zakres rzeczowy zamówienia w standardzie określonym wymaganiami SWZ.

Koszty osobowe

Nie ulega wątpliwości, że uwzględniając zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia jednym z kluczowych aspektów dla ustalenia wyceny ofertowej i oceny jej realności są koszty osobowe personelu wykonawcy.

Zamawiający wymaga, zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę pracowników w oparciu o umowę o pracę, do realizacji wymienionych w umowie prac.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia - do realizacji prac polegających na opróżnianiu koszy wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest zatrudnić pracowników w oparciu o umowę o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320 z późn. zm.).

Wykonawca potwierdził, że kalkulacja ceny ofertowej została oparta o założenie wymogu realizacji klauzuli prozatrudnieniowej do realizacji prac polegających na opróżnianiu koszy jak również kierowców.

Wykonawca poświadczył, że przewiduje zatrudnienie wymaganego w SWZ personelu wyłącznie na podstawie umów o pracę.

Wykonawca potwierdził, że personel wykonujący czynności wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia będąc zatrudnionym na podstawie umów o pracę uzyskiwać będzie wynagrodzenie zgodne z obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) Rada Ministrów ustala wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej. Wykonawca uwzględnił koszty pracy z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidzianego na rok 2024 wynikającego z Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 w załączeniu.

Wykonawca potwierdził w przypadku uzyskania zamówienia zamiar zatrudnienia personelu na podstawie umów o pracę przy zastosowaniu wyższej niż wskazana powyżej wartość minimalna stawce rozliczeniowej godzinowej – co znajduje potwierdzenie w treści Kosztorysu.

W załączeniu w celu wykazania że już aktualnie zatrudniony personel uzyskuje wynagrodzenie zgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami wykonawca składa wyliczenie zakładające wynagrodzenie wyższe niż płaca minimalna oraz dodatek w porze nocnej. Tabela oraz wyliczenie w załączniku.

Stawka wynagrodzenia pracowników uwzględniona na potrzeby wyceny ofertowej spełnia zarówno poziom aktualnie wynikający z obowiązujących przepisów powołanego Rozporządzenia jak również spełniać będzie poziom po proponowanej waloryzacji od stycznia 2025r. (za serwisem rządowym <https://www.gov.pl/web/premier/propozycja->

wysokosci-minimalnego-wynagrodzenia-za-prace-oraz-minimalnej-stawki-godzinowej-w-2025-r)

Wykonawca na podstawie szczegółowej analizy SWZ oraz wieloletniego doświadczenia w świadczeniu analogicznych do przedmiotowych usług przyjął, że realizację zamówienia powierzy zespołowi którego liczebność (adekwatnie do zakresu rzeczowego prac) została przedstawiona w Kosztorysie.

Funkcję koordynatora realizacji usług pełni osobiście Właściciel – co z jednej strony obniża realnie koszty świadczenia usług, z drugiej zaś jak potwierdza doświadczenie przy realizacji analogicznych zamówień w najlepszy sposób zapewnia skuteczność i efektywność tych czynności. Zadaniem tej ostatniej osoby jest prowadzić wewnętrzną kontrolę prawidłowego wykonania prac określonych w umowie i koordynować działania w ramach realizacji zamówienia.

Zgodnie z SWZ w szczególności:

Wykonawca zobowiązany jest dysponować pracownikami przewidzianymi do bezpośredniej realizacji prac, w liczbie gwarantującej realizację zamówienia zgodnie z warunkami umowy.

Wykonawca zapewnia, że ilość zatrudnionego personelu pozwoli na nieprzerwane świadczenie usługi i zabezpieczenie w przypadkach absencji chorobowych czy też świadczeń wypoczynkowych – stosowne zabezpieczenie zostało zagwarantowane w wycenie – co znajduje potwierdzenie w Kosztorysie zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego.

Jak wynika z powyższych danych kalkulacja kosztów pracy personelu wykonującego przedmiot zamówienia została ustalona zarówno na poziomie zgodnym z obowiązującymi przepisami jak również rynkowym i realnym w branży.

Przedstawione wyliczenia potwierdzają wymagane przez zamawiającego w treści wezwania koszty personelu w podziale na:

- kierowcy zmiana dzienna,
- pracownik fizyczny zmiana dzienna,
- kierowcy zmiana nocna,
- pracownik fizyczny zmiana nocna.

Wykonawca przedstawił w Kosztorysie zarówno ilości poszczególnych pracowników jak również zaprezentował miesięczne koszty zatrudnienia 1 pracownika (dla pracodawcy) zarówno w roku 2024 jak i 2025.

Ponadto zgodnie z wymaganiem zamawiającego wykonawca przedstawił przyjęty w celu obliczenia ceny ofertowej inne dodatkowe koszty zatrudnienia takie jak urlopy kierowców jak i urlopy pracowników fizycznych.

Wykonawca potwierdza ponadto uwzględnienie w kalkulacji ceny ofertowej w szczególności kosztów BHP i spraw socjalnych - ubrania robocze, posiłki regeneracyjne/wodę pitną – założoną kwotę w załączniku uznać należy za w zupełności wystarczającą na ten cel.

Dokumenty potwierdzają, że przyjęte przez wykonawcę i uwzględnione w kalkulacji koszty są realne i udokumentowane i za takie istnieje możliwość wykonania zamówienia co dowodzi rzetelności wyceny.

Wykonawca podkreślił, że przedstawiona kalkulacja kosztów pracy uwzględnia różnice w wynagrodzeniu w zależności od rodzaju pełnionej funkcji, w szczególności zwiększony poziom wynagrodzenia dla kierowców w stosunku do pracowników fizycznych, jak również różnicę wynagrodzenia w zakresie pracy w godzinach nocnych.

Mając na uwadze konieczność pozyskania personelu wykonawca przyjął na potrzeby kalkulacji na tyle wysokie wynagrodzenia aby poza pełną zgodnością z obowiązującymi przepisami prawa był w stanie pozyskać i utrzymać stałość zatrudnienia personelu w okresie realizacji zamówienia atrakcyjnymi warunkami wynagrodzenia.

Złożona kalkulacja potwierdza, że koszty personelu zostały ustalone przez wykonawcę na bezpiecznym, realnym i rynkowym poziomie i są weryfikowalne.

Koszty utylizacji odpadów

Kolejnym zasadniczym kosztem realizacji przedmiotu zamówienia są koszty związane z utylizacją odpadów.

W zakresie transportu odpadów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca oświadcza, że zgodnie z SWZ – Wzór umowy § 3 [Warunki wykonania umowy] posiada uprawnienia niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy, w tym wpis do rejestru prowadzonego na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779 z późn.zm.) w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01), (BDO).

Bezpośredni link potwierdzający z rejestru BDO:

https://rejestr-bdo.mos.gov.pl/Application/Preview/Table7_1/Edit/5ad72ab8-0600-4290-82df-6c72980eff96

Wykonawca przewiduje realizację transportu odpadów zgodnie z posiadaną decyzją BDO własnymi środkami transportu (samochody zostały wymienione w załączniku). Samochody będą wyposażone w odpowiednie do przewozu odpadów zabezpieczenia skrzyni przed wywiewaniem śmieci /zabudowa, siatka.

W odniesieniu do zakresu i kosztów utylizacji odpadów w ramach przedmiotu zamówienia, Wykonawca potwierdził, że wycena ofertowa zawiera kalkulację kosztów utylizacji odpadów w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa i przy uwzględnieniu rynkowego poziomu kosztów.

W odniesieniu do powierzenia wykonania usług utylizacji odpadów przewidziano wykonanie tych świadczeń przez podmiot posiadający stosowne uprawnienia (w załączniku umowa).

W celu wykazania realności i rynkowego poziomu przyjętej wyceny wykonawca złożył w charakterze dowodu umowę zawartą z firmą utylizującą odpady.

Złożony kosztorys prezentuje założenia kalkulacyjne, a dowód w postaci umowy potwierdza przyjęty przez wykonawcę dla wyceny realny koszt utylizacji odpadów w tym zakładane ilości oraz cenę za 1 tonę zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego zawartym w treści wezwania do wyjaśnień ceny.

Środki transportu i sprzęt oraz wyposażenie

Wykonawca wskazał, że kolejnym istotnym czynnikiem wpływającym na konkurencyjność wyceny ofertowej jest fakt posiadania już w części własnego parku maszynowego pozwalającego na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z SWZ Załącznik nr 2 do wzoru umowy - Wymagania jakościowe prac oraz warunki realizacji umowy

1.2. Wykonawca zobowiązany jest dysponować minimalną ilością sprzętu:

Dla części I (rejon I)

- 3 pojazdami ciężarowymi spełniającymi minimum wymogi normy Euro 5 o ładowności max. 3,5t wyposażonymi w zabezpieczenie skrzyni przed wywiewaniem śmieci /zabudowa, siatka, itp./,
- 1 pojazdem wyposażonym w HDS do załadunku i przewozu koszy,

Wykonawca potwierdza, że dysponuje i zamierza przeznaczyć na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia pojazdami spełniającymi wymagania SWZ – zostały wymienione w tabeli załączonej do wyjaśnień.

W zakresie skalkulowanych w cenie ofertowej środków transportu Wykonawca prezentuje w obliczeniach zawartych w Kosztorysie przyjęte do wyceny koszty eksploatacji środków transportu przy uwzględnieniu w szczególności odległości od Bazy w stosunku do miejsca świadczenia usług a także miejsca utylizacji odpadów.

Zgodnie z wymaganiem zamawiającego Wykonawca przedstawił w Kosztorysie identyfikację pojazdów ich ilości a także zakładaną liczbę kilometrów w skali umowy jak również ilość zużytego paliwa w skali umowy przez poszczególne auta a także skalkulowany koszt zakupu 1 litra paliwa. Każdy z parametrów podanych w tym zakresie w Kosztorysie został określony na bezpiecznym i gwarantującym konieczny bufor bezpieczeństwa poziomie.

Kilometraż przewidziany w kalkulacji zapewnia obsługę rejonu objętego zamówieniem jak również dojazd do punktu utylizacji odpadów zgodnego z Umową. Wykonawca wskazał, o czym mowa poniżej w odniesieniu do lokalizacji Bazy Wykonawcy, że pojazdy będą stacjonowały na terenie Bazy w Warszawie. Lokalizacja Bazy w stosunku do miejsca realizacji usług gwarantuje optymalizację kosztów oraz czasu dojazdu.

Ponadto wykonawca wskazał, że skalkulowano w ofercie koszty utrzymania samochodów (amortyzacja, ubezpieczenia, naprawy itp.) na bezpiecznym poziomie. Dodatkowo wykonawca wskazał, że cena oferty uwzględnia koszty mycia oraz dezynfekcji pojazdów, minimum 1x w tygodniu.

Wykonawca potwierdził, że pojazdy z użyciem których będzie realizował zamówienie zgodnie z SWZ będą czyste, estetyczne i sprawne technicznie ponadto będą posiadać dobrze widoczne logo Wykonawcy.

Koszty wyposażenia koszy we wkłady. Pozostałe materiały.

W zakresie kosztów wyposażenia koszy we wkłady wykonawca w celu kalkulacji ceny ofertowej dokonał szczegółowej analizy dokumentacji przetargowej i weryfikacji oraz wyceny materiałów wyspecyfikowanych w niej.

Wycena materiałów została dokonana przy uwzględnieniu cen ich pozyskania na podstawie indywidualnych rabatów posiadanych przez Wykonawcę. Prezentowane w Kosztorysie założone koszty zakupu wkładów uwzględniają indywidualne upusty wykonawcy wynikające z historii współpracy z dostawcą.

Pozostałe koszty

Koszty administracyjne związane z obsługą umowy (koszty ogólne zarządu, koszty księgowości, koszty utrzymania biura, koszty ubezpieczenia).

Wykonawca potwierdza, że kalkulując cenę swojej oferty uwzględnił wszystkie koszty, których konieczność uwzględnienia wynikała z treści specyfikacji warunków zamówienia i które były możliwe do przewidzenia na etapie przygotowania oferty. Poza opisanymi wcześniej elementami cenotwórczymi Wykonawca ponadto uwzględnił w kalkulacji koszty ogólne organizacji i utrzymania przedsiębiorstwa.

Obejmują one w szczególności stałe i zmienne koszty utrzymania zaplecza biurowego, sprzętu biurowego i komputerowego, zużycie mediów oraz wskaźnikowo przyjęte koszty przedsiębiorstwa (amortyzacja, czynsze, bhp, ubezpieczenie), wynagrodzenia (płace i narzuty), transport (samochody służbowe, przejazdy), amortyzację i remonty środków trwałych, ubezpieczenia, koszty zarządu przedsiębiorstwa (czynsze, koszty operacyjne w tym: zabezpieczenie należytego wykonania umowy) usługi telekomunikacyjne itp.

Kalkulacja uwzględnia fakt posiadania własnego wyposażenia teleinformatycznego - w szczególności zestawy komputerowe stacjonarne i przenośne, drukarki, sprzęt biurowy, własne pojazdy.

Doświadczenie oraz sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy

Wykonawca jest podmiotem działającym w branży od 2007 roku. Posiada bogate doświadczenie w realizacji zamówień publicznych w roli zarówno wykonawcy jak i podwykonawcy, co dokumentuje przykładowymi referencjami – w

szczegółności z tytułu realizacji zbliżonych zamówień na rzecz zamawiającego.

Zysk wykonawcy.

Wykonawca potwierdził, że dokonana kalkulacja uwzględnia wypracowanie dodatniego wyniku finansowego na poziomie 644 712,23 złotych.

Wskazany poziom zysku kalkulacyjnego z jednej strony jest określony na poziomie rynkowym, z drugiej zaś strony jego poziom gwarantuje bezpieczeństwo realizacji zamówienia a także zapewnia niezbędny bufor bezpieczeństwa dla zamówienia w przypadku konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów, co jedynie przyczyniłoby się do zmniejszenia zysku, nadal gwarantując pełną rentowność kontraktu.

Podsumowując potwierdził, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a cena ofertowa została skalkulowana prawidłowo i umożliwia wykonanie zamówienia z zyskiem.

Doświadczenie zawodowe jakie posiada wykonawca pozwala realnie ocenić wartość zamówienia i wycenić ofertę na realnym poziomie gwarantującym osiągnięcie zysku. Wszystkie dotychczas wykonywane analogiczne prace były zrealizowane z należytą profesjonalną starannością i zgodnie ze sztuką. W związku z powyższym jego wyjaśnienie uważa za wyczerpujące, a cenę zaproponowanej oferty za zasadną i gwarantującą wykonanie zamówienia bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji, uwzględniającą oszczędne metody wykonania zamówienia oraz sprzyjające warunki wykonania zamówienia nie obniżające jakości i terminowości wykonywanych prac. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO/2004/10.

Cena oferty jest realna i umożliwia wykonanie zamówienia z należytą starannością w pełnym zakresie zatem nie może zostać uznana za ofertę z rażąco niską ceną.

W sytuacji gdyby dodatkowo jakiegokolwiek elementy wyceny ofertowej czy też składanych wyjaśnień budziły dodatkowe wątpliwości i zastrzeżenia zamawiającego wskazał, że w świetle orzecznictwa KIO, żaden przepis nie pozwala na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy ma charakter jednorazowy.

W szczególności jeśli wykonawcy składając wyjaśnienia dołożyli należytej staranności, udzielone wyjaśnienia są rzetelne, ale wymagają doprecyzowania, zamawiający jest uprawniony do uzyskania wyjaśnień bardziej szczegółowych i zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień uzupełniających. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień. Tezy takie zostały sformułowane m.in. w wyrokach wydanych: 9 marca 2015 r. sygn. akt KIO 343/15, 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 547/15.

REJON I

- Koszty zatrudnienia pracowników na umowę o pracę - koszty pracodawcy

1 Kierowcy zmiana dzienna 3 osoby 9 000,00 m-c/1os 324 000,00

2 Pracownik fizyczny zmiana dzienna 3 osoby 8 000,00 288 000,00

3 Kierowcy zmiana nocna 4 osoby 11 000,00 mc-/1os 528 000,00

4 Pracownik fizyczny zmiana nocna 4 osoby 10 000,00 m-c/1os 480 000,00

RAZEM 1 620 000,00

- Inne dodatkowe koszty zatrudnienia

liczba pracowników koszt dla pracodawcy

urlopy kierowców – 26 dni rocznie czyli 208 godzin 7 siedmiu pracowników - 110 000,00

urlopy pracowników fizycznych – 26 dni rocznie czyli 208 godzin 7 siedmiu pracowników - 100 000,00

RAZEM 210 000,00

- Koszty wyposażenia koszy we wkłady

- 50 l, 220 szt. 70,00 koszt brutto zakupu 1 szt. wkładu - 15 400,00

- 55 l, 1 382 szt. 80,00 koszt brutto zakupu 1 szt. wkładu - 110 560,00

RAZEM 125 960,00

Wskazanie firmy dostarczającej wkłady do koszy SKR Pokrzywnica

- Koszty utylizacji odpadów

828,49 Mg 810,00 zł/Mg - 671 076,90

- Adres instalacji, do której będą przekazane odpady: Zakład Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk Dębę działka 100/2

- Koszt transportu odpadów: 146 250,00zł

- Koszty utrzymania samochodów (amortyzacja, ubezpieczenia, naprawy itp.) 200000,00zł

- Koszty zakupu paliwa

1 Opel Movano (Euro 6) 73 000,00 15 000 1L - 7,50 zł 112 500,00

2 Fiat Ducato (Euro 5) 73 000,00 15 000 1L - 7,50 zł 112 500,00

3 Piaggio Porter (CNG) 73 000,00 12 000 1L - 5,00 zł 60 000,00

4 Volkswagen Crafter – samochód wyposażony w HDS (Euro 6) 5 000,00 1 000 1L - 7,50 zł 7 500,00

RAZEM 292 500,00

• Inne nieujęte koszty (BHP, wynagrodzenia chorobowe, narzędzia do pracy, posiłki regeneracyjne oraz inne nieprzewidziane koszty) 250 000,00zł

ZESTAWIENIE KOSZTÓW:

Zatrudnienie 1 830 000,00

2 Wyposażenie koszy we wkłady 125 960,00

3 Utylizacja odpadów 817 326,90

4 Paliwo 292 500,00

5 Utrzymanie samochodów 200 000,00

6 Inne nieujęte koszty 250 000,00

7 Zysk 644 712,23

RAZEM 4 160 499,13

Załączył także wypis z CEIDG, rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. z 14 września 2023 r. (DZ. U. z 2023 poz. 1893), opracowanie dla Biur Rachunkowych sporządzone przez wFirma dotyczące kosztów zatrudnienia w 2024 w rozbiciu na okres styczeń-czerwiec i lipiec-grudzień 2024 obejmujące takie składniki wynagrodzenia jak: wynagrodzenie brutto, składka emerytalna 9,76%, składka rentowa 6,50%, składka wypadkowa 1,67%, składka na FP 2,45%, składka na FGŚP 0,1% wpłata podstawowa na PPK 1,5%, umowę na odbiór i zagospodarowanie odpadów nr 01/01/2022 z Zakładem Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk. Z umowy tej wynika, że:

Józef Jankowski zobowiązuje się dostarczyć Markowi Włodarczykowi do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk w Dębę działka 100/2 zmieszane odpady komunalne o kodzie 20 03 01.

Odpady określone te będą przyjmowane po cenach określonych w aktualnym „Cenniku za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów w ramach świadczonych usług przez zakład Kształtowania Terenów Marek Włodarczyk , ul. Nasielska 26 , 05-140 Serock (załącznik nr 1 do umowy).

Józef Jankowski oświadczył, że posiada wpis do działalności regulowanej w zakresie transportu w/w odpadów.

Marek Włodarczyk oświadczył, że posiada wszystkie niezbędne zezwolenia na przyjmowanie odpadów o kodzie 20 03 01 (zmieszane odpady komunalne)

Zabrania się wwożenia na teren Spółki (Marka Włodarczyka) odpadów:

1) o kodzie na którego przyjęcie Spółka nie posiada aktualnej decyzji organu wydającego;

2) o właściwościach: a) wybuchowych, b) żrących, c) utleniających, d) łatwopalnych, e) zakaźnych medycznych i zakaźnych weterynaryjnych, f) występujących w postaci ciekłej, w tym odpadów zawierających wodę w ilości powyżej 95% masy całkowitej z wyłączeniem szlamów, g) powstających w wyniku prac naukowo – badawczych, rozwojowych lub działalności dydaktycznej, które nie są zidentyfikowane lub są nowe i których oddziaływanie na środowisko jest nieznane, h) skażonych bakteriami chorobotwórczymi, i) radioaktywnych, j) innych, niż określone w obowiązujących przepisach, których składowanie jest zakazane.

Umowa została zawarta na czas nieokreślony. W załączniku nr 1 do tej umowy określono Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne 20 03 01 – cena za 1 Mg 750,00 zł

W ofercie AREA złożono:

Wyjaśnienia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych

1. Odrzucenie oferty AREA art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy - Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Rembertów

Wykonawca brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnice Rembertów (dalej: Dzielnica Rembertów), pn. „Usługi zimowego oczyszczania ulic, placów Dzielnicy Rembertów m.st. Warszawy w latach 2023-2025” (numer postępowania: UD-VIII-WZP.271.5.2023, numer ogłoszenia o zamówieniu: 2023/S 084-257393), w oparciu o przepisy ustawy, w trybie przetargu nieograniczonego (dalej: Postępowanie), w ramach którego doszło do stwierdzenia przez zamawiającego podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy, w wyniku czego doszło do odrzucenia oferty Wykonawcy w Postępowaniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy, co zostało stwierdzone i opisane w zawiadomieniu Dzielnicy Rembertów z dnia 11 lipca 2023 r. skierowanym do wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania wykonawcy od czynności odrzucenia oferty w Postępowaniu (sygnatura KIO 2128/23) wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2023 r., oddaliła odwołanie Wykonawcy, a który to wyrok uprawomocnił się w dniu 12 września 2023 r.

Odrzucenie oferty AREA art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. art. 110 ust. 3 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta, zamawiający w dniu 26 kwietnia 2024 r. podjął decyzję o odrzuceniu oferty AREA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy, wskazując przy tym, że wyjaśnienia oparte na art. 110 ust. 2 ustawy oraz przeprowadzona procedura samooczyszczczenia oparta głównie na porozumieniu między AREA a firmą Daniela Mroza z dnia 5 sierpnia 2023 r. o zerwaniu współpracy między podmiotami, nie zostało faktycznie wykonane, ze względu na posługiwanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamiatką o nr rejestracyjnym WGM 6309H przez firmę Daniela Mroza na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w tych postępowaniach. To zdaniem zamawiającego przesądziło o braku wykonania porozumienia i nieskuteczności procedury samooczyszczczenia. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez AREA w dniu 29 maja 2024 r. w sprawie o sygn. KIO 1607/24 oddaliła odwołanie AREA, uznając, że posługiwanie się przez Daniela Mroza wynajętą od wykonawcy zamiatką świadczyło o niewykonaniu porozumienia w zakresie zerwania współpracy, co za tym idzie, że przeprowadzona procedura samooczyszczczenia była nieskuteczna. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza podtrzymała decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty AREA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy. Wyrok jest prawomocny.

II. Wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy

Nieprawidłowe zachowanie Wykonawcy w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnice Rembertów polegało na tym, że:

- 1) W tym postępowaniu ofertę złożył inny wykonawca, który jest krewnym (ojcem) wykonawcy (dalej: Daniel Mróz);
- 2) Oferta Daniela Mroza, w ramach kryteriów oceny ofert została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu w postępowaniu, natomiast oferta wykonawcy na drugim miejscu w tym rankingu;
- 3) Zarówno wykonawca, jak i Daniel Mróz, zostali wezwani przez Dzielnicę Rembertów do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści JEDZ w postępowaniu;
- 4) W wyznaczonym przez Dzielnicę Rembertów terminie:
 - a) Daniel Mróz nie złożył wymaganych wyjaśnień, jak również nie złożył wymaganych dokumentów;
 - b) wykonawca złożył wymagane wyjaśnienia oraz dokumenty.
- 5) Na skutek zachowania Daniela Mroza, o którym mowa w pkt 4) lit. a) powyżej oferta Daniela Mroza podlegała odrzuceniu w postępowaniu, w sytuacji gdy była to oferta najkorzystniejsza w postępowaniu w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, w tym zawierała najniższą cenę, a w konsekwencji Dzielnica Rembertów musiałaby w ten sposób dokonać wyboru drugiej w kolejności (tj. w ramach rankingu ofert) oferty, czyli oferty wykonawcy, zawierającą wyższą cenę.

Na skutek powyższych okoliczności zarówno Dzielnica Rembertów w zawiadomieniu z dnia 11 lipca 2023 r., jak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 sierpnia 2023 r. (sygn. KIO 2128/23), doszli do wniosku, że wykonawca oraz Daniel Mróz zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu (w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy), przy czym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wykonawca i Daniel Mróz podczas postępowania odwoławczego nie obalili domniemania zawarcia porozumienia w celu zakłócenia konkurencji.

W toku postępowania prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w sprawie o sygn. akt KIO 2128/23, wykonawca wskazał szczegółowo wszystkie okoliczności jakie były związane z jego udziałem w postępowaniu. Wykonawca złożył oświadczenia, że nie zawarł z Danielem Mrozem porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu.

Wykonawca przedłożył też wykazy obrazujące własne zasoby umożliwiające mu ubieganie się o udzielenie zamówienia w postępowaniu. Jednakże w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej tenże materiał dowodowy okazał się niewystarczający do obalenia zarzutu sformułowanego przez Dzielnicę Rembertów na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy.

W dniu upływu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „LETNIE I ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG GMINNYCH NA TERENIE DZIELNICY WESOŁA m.st. WARSZAWY” (nr sprawy 16/20 ogłoszenia o zamówieniu: 2023/BZP 00280971), prowadzonego w ramach ustawy przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnicę Wesoła, w trybie podstawowym, z możliwością przeprowadzenia negocjacji, Wykonawca nie posiadał wiedzy o tym, że Dzielnica Rembertów odrzuci ofertę Daniela Mroza na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy, w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy, albowiem czynność ta miała miejsce w dniu 11 lipca 2023 r., a więc 4 dni po upływie terminu składania ofert ww. postępowaniu. W dniu 4 sierpnia 2023 r. doszło do ogłoszenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oddalającego odwołanie wykonawcy od czynności odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu, z tym zastrzeżeniem, że w tymże dniu wykonawca mógł poznać jedynie ustne motywy uzasadnienia tegoż wyroku.

Wykonawca po tym wyroku podjął decyzję o zastosowaniu w swoim przedsiębiorstwie instytucji samooczyszczczenia (tzw. self-cleaning) i wdrożył odpowiednie procedury samooczyszczczenia (tzw. self-cleaningu), w rozumieniu art. 110 ust. 2 ustawy.

Następnie w dniu 28 sierpnia 2023 r. wykonawca zapoznał się z pisemnym uzasadnieniem wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r., w sprawie o sygn. KIO 2134/23 (w tymże dniu Krajowa Izba Odwoławcza doręczyła wykonawcy pisemne uzasadnienie tegoż wyroku) i utwierdził się w przekonaniu o zasadności zastosowania i wdrożenia procedury samooczyszczenia (tzw. self-cleaningu), albowiem zaniechanie w tymże zakresie prowadziłoby do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy, a konsekwencji do odrzucenia oferty wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy, w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy Wykonawca nie byłby w stanie przedstawić innych dowodów i twierdzeń dla obalenia zarzutu zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy), ponad te które zostały przedstawione przez wykonawcę w postępowaniu z odwołania wniesionego przez wykonawcę przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 2128/23.

Wykonawca uznał też, że ewentualne wniesienie przez wykonawcę skargi do Sądu Zamówień Publicznych – Sądu Okręgowego w Warszawie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. (sygn. KIO 2128/23), pozostawałoby bez wpływu na wykluczenie wykonawcy z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy, albowiem wykluczenie na tejże podstawie prawnej, w świetle dyspozycji art. 111 pkt 4) ustawy, nie jest w żadnej mierze uzależnione od wydania przez Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie prawomocnego wyroku stwierdzającego, czy też potwierdzającego, zawarcie przez danego wykonawcę porozumienia z innymi wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy. Jak bowiem wynika z dyspozycji art. 111 pkt 4) ustawy, wykluczenie danego wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a, przenosząc powyższe na grunt postępowania, za takie zdarzenie należy uznać zawiadomienie Dzielnicy Rembertów z dnia 11 lipca 2023 r. skierowanym do wykonawcy, o odrzuceniu oferty wykonawcy w postępowaniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy, w zw. z art. 118 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Wykonawca przeprowadził procedurę samooczyszczenia i wdrożył odpowiednie procedury samooczyszczenia, które oparły się m.in. na zawarciu porozumienia o zerwaniu współpracy z Danielem Mrozem z dnia 5 sierpnia 2023 r. oraz wdrożeniu w przedsiębiorstwie procedury przygotowania i składania ofert w ramach ustawy. Wykonawca pozostając w błędnym przekonaniu co do skutków braku wypowiedzenia umowy najmu z dnia 30 czerwca 2023 r., nie wypowiedział wskazanej umowy Danielowi Mrozowi, co w konsekwencji doprowadziło do uznania przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta w dniu 26 kwietnia 2024 r., że procedura samooczyszczenia została dokonana w sposób nieskuteczny i w konsekwencji zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty AREA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy, ze względu na niewykonanie zawartego porozumienia z Danielem Mrozem.

Mimo argumentacji przedstawionej w postępowaniu odwoławczym Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 maja 2024 r., sygn. KIO 1607/24 oddaliła odwołanie wykonawcy uznając, że obowiązująca umowa najmu zamiatarki świadczy o niewykonaniu porozumienia.

Mając na względzie przytoczone powyżej okoliczności wykonawca podjął decyzję o ponownej weryfikacji wewnętrznych procedur, zawartych umów i wszelkich możliwych pól współpracy, które mogłyby budzić jakiejkolwiek wątpliwości w zakresie rzekomej współpracy z Danielem Mrozem.

Wykonawca, spełniając wymóg określony w dyspozycji art. 110 ust. 2 pkt 3) ustawy, przedstawia wykaz podjętych przez niego odpowiednich i niezbędnych działań naprawczych w celu zapobieżenia dalszym nieprawidłowościom po stronie Wykonawcy w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w kolejnych postępowaniach o zamówienia publiczne. Nieprawidłowe zachowanie wykonawcy wywołane było przede wszystkim faktem, że wykonawca pozostaje związany więzami pokrewieństwa z Danielem Mrozem, działającym na tym samym rynku w tej samej branży. W tym zakresie, oczywistym jest, że więzów tych nie da się znieść, rozwiązać na mocy np. stosownego porozumienia.

1. Kontrola wewnętrzna

Biorąc pod uwagę sytuację, w której umowa najmu zamiatarki, będąca podstawą odrzucenia oferty AREA w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta, na podstawie 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy, wykonawca zlecił podmiotowi zewnętrznemu przeprowadzenie kontroli wewnętrznej dotyczącego zawartych umów, obowiązujących procedur wewnętrznych, procedur bezpieczeństwa w celu wykazania wszelkich elementów mogących rodzić stwierdzenie nieprawidłowości funkcjonowania przedsiębiorstwa na gruncie ustawy, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i innych istotnych dla prowadzonej działalności przepisów prawa.

Dowód:

1) Zlecenie kontroli wewnętrznej;

W wyniku przeprowadzonej w dniach 7 czerwca -17 czerwca 2024 r kontroli wewnętrznej, ustalono zakres zagrożeń mogący mieć wpływ na ocenę działalności, dokonano weryfikacji obowiązujących procedur w wyniku czego przedstawiono wykonawcy zalecenia co do czynności koniecznych do podjęcia wewnątrz organizacji.

Dowód:

1) Wyciąg z Protokołu z kontroli z zaleceniami;

W związku z przedstawionymi zaleceniami, wykonawca podjął decyzję o ich wdrożeniu, m.in.:

- 1) Zmiany w procedurze przygotowania i składania ofert w ramach ustawy Prawo Zamówień Publicznych;
- 2) Wdrożenie Instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami;
- 3) Wdrożenie Instrukcji zarządzania systemem informatycznym;
- 4) Wdrożenie procedury oceny podmiotów trzecich – podwykonawstwo/udostępnianie zasobów;
- 5) Przeprowadzenie szkolenia pracowników z zakresu wdrożonych procedur wewnętrznych, prawa zamówień publicznych i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Wprowadzenie w życie wszystkich wskazanych wyżej zaleceń audytora miało na celu wyeliminowanie ryzyka związanego z możliwością uznania, że działania Wykonawcy mogą być uznane za nieprawidłowe w rozumieniu przepisów ustawy PZP oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Wykonanie porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r.

Wykonując porozumienie z dnia 5 sierpnia 2023 r., zawarte z Panem Danielem Mrozem, w dniu 4 czerwca 2024 r. wypowiedział umowę najmu zamiatarki z dnia 30 czerwca 2023 r. oraz skierował pismo do Pana Daniela Mroza o braku możliwości udostępnienia jakichkolwiek zasobów przez wykonawcę w ramach procedur o udzielenie zamówienia publicznego. Zrywając w ten sposób jakiejkolwiek więzi gospodarcze z Panem Danielem Mrozem.

Dowód:

- 1) Wypowiedzenie umowy wraz z potwierdzeniem odbioru;
- 2) Pismo w sprawie braku możliwości udostępniania zasobów;

Po weryfikacji przez audyt wszelkich zawartych przez AREA umów, stwierdził, że po wypowiedzeniu umowy z dnia 30 czerwca 2023 r. z Panem Danielem Mrozem brak jest innych dokumentów, w tym umów, zleceń mogących świadczyć o współpracy przedsiębiorców.

3. Zmiana w procedurze przygotowania i składania ofert w ramach ustawy Prawo Zamówień Publicznych

Dokonany wewnętrzny audyt stwierdził konieczność doprecyzowania i uzupełnienia procedury przygotowania i składania ofert w ramach ustawy, m.in. przez wprowadzenie wewnętrznych mechanizmów podwójnej kontroli, weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia oraz procedury związanej z koniecznością polegania na zasobach podmiotu trzeciego oraz warunków takiej współpracy. Uzupełnienie procedur miało na celu m.in. wyeliminowanie sytuacji, w której w przypadku udostępnienia zasobów lub polegania na nich oba podmioty złożyłyby ofertę w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby rodzić domniemanie tzw. „zmowy przetargowej”.

Dowód:

- 1) Zarządzenie o zmianie procedury przygotowania i składania ofert w ramach ustawy Prawo Zamówień Publicznych
- 2) Tekst jednolity procedura udziału AREA w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem ustawy Prawo Zamówień Publicznych
4. Wdrożenie Instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami/ Wdrożenie Instrukcji zarządzania systemem informatycznym

Wdrożenie polityki bezpieczeństwa informacji ma na celu możliwie jak najpełniejsze zabezpieczenie informacji handlowych, w tym informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed dostępem osób trzecich. W szczególności wdrożona polityka ma na celu zabezpieczenie informacji dotyczących stosowanej w zamówieniach publicznych polityki cenowej, sposobu kalkulacji i przygotowania ofert, polityki związanej z ofertowaniem, tj. wyboru postępowań, w których wykonawca będzie składał ofertę, doboru sprzętu, zasobów na potrzeby danego postępowania, ewentualnej współpracy z podmiotami trzecimi. Wykonawca w szczególności ma na celu ograniczenie dostępu do informacji takich jak cena oferty i oferowane warunki w danym postępowaniu ograniczając krąg osób z dostępem oraz zobowiązując te osoby do zachowania poufności, tak aby żaden podmiot trzeci nie był w stanie ustalić w jakim postępowaniu i jaką ofertę przedstawi wykonawca.

Wdrożenie instrukcji zarządzania systemem informatycznym, również ma na celu ograniczenie dostępu do plików znajdujących się w systemie, ograniczenie możliwości kopiowania i przekazywania danych przedsiębiorcy poprzez szereg blokad i ograniczenia dostępu do poufnych dokumentów.

Dowód:

- 1) Zarządzenie o wdrożeniu instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami;
- 2) Wyciąg z instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami;
- 3) Zarządzenie o wdrożeniu instrukcji zarządzania systemami informatycznymi;
- 4) Instrukcja zarządzania systemami informatycznymi;
5. Wdrożenie procedury oceny podmiotów trzecich –podwykonawstwo/udostępnianie zasobów

Wykonawca wdrożył w przedsiębiorstwie procedurę weryfikacji podwykonawców jak również podmiotów, którym zamierza udostępnić zasoby, czy z nich skorzystać. Działanie to ma na celu ustalenie czy dany podmiot z jakichkolwiek

przyczyn nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby skutkować konsekwencjami dla wykonawcy.

Jednocześnie dużą uwagę wykonawca zwraca na potencjalne ryzyko związane z konfliktem interesów, wykluczeniem udziału w jednym postępowaniu z podmiotem, który jest wskazany jako podwykonawca, czy któremu udostępnia zasoby.

Dowód:

- 1) Zarządzenie o wdrożeniu procedury oceny podmiotów trzecich – podwykonawstwo/udostępnianie zasobów;
- 2) Procedura oceny podmiotów trzecich – podwykonawstwo/udostępnianie zasobów.

6. Szkolenie pracowników

Przeprowadzenie szkolenia pracowników z zakresu wdrożonych procedur wewnętrznych, prawa zamówień publicznych i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma na celu edukację personelu i efektywne wdrożenie procedur w funkcjonowanie przedsiębiorstwa.

Wskazanie zagrożeń, dobrych praktyk i sposobów działania na gruncie zarówno procedur wewnętrznych, jak również obowiązujących przepisów prawa, ma ograniczyć do minimum ryzyko błędów jak również podkreślić wagę i odpowiedzialność za ewentualne niestosowanie się do tych przepisów.

Dowód:

- 1) Pogram szkolenia;

W końcowym fragmencie przedstawił poglądy orzecznictwa i doktryny dotyczące funkcjonowania procedury samooczyszczenia.

Załączniki:

1. Zlecenie kontroli wewnętrznej – tajemnica przedsiębiorstwa z 4 czerwca 2024 udzielone przez AREA rpr. Arkadiuszowi Pilarkowi;
2. Wyciąg z Protokołu z kontroli z zaleceniami – tajemnica przedsiębiorstwa dokument został przedstawiony w istotnych aspektach obejmujących wzajemne powiązania AREA z dostawcami, podwykonawcami, udostępniającymi zasoby, współpracującymi, najemcami w sposób uniemożliwiający jakąkolwiek weryfikację poprawności przeprowadzonej kontroli pod względem istnienia lub nie powiązań kapitałowych lub osobowych, trudno zatem ocenić prawidłowość wniosków i zaleceń kontroli, a także przydatność tego dokumentu dla oceny skuteczności samooczyszczenia;
3. Wypowiedzenie umowy wraz z potwierdzeniem odbioru – dokument jawny – pismo z 4 czerwca 2024 o wypowiedzeniu umowy z zachowaniem 7 dniowego okresu wypowiedzenia i zobowiązaniem do zwrotu sprzętu.
4. Pismo w sprawie braku możliwości udostępniania zasobów – dokument jawny pismo z 4 czerwca 2024 wskazujące na zawarcie porozumienia o braku współpracy, braku utrzymywania kontaktów biznesowych i udostępniania zasobów;
5. Zarządzenie o zmianie procedury przygotowania i składania ofert w ramach ustawy Prawo Zamówień Publicznych – tajemnica przedsiębiorstwa;
6. Tekst jednolity procedura udziału AREA w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem ustawy Prawo Zamówień Publicznych – tajemnica przedsiębiorstwa - dokument opisuje podział obowiązków w AREA związany z przygotowaniem i składaniem ofert, nie opisuje procedury weryfikacji braku konfliktu interesów – dowód nieprzydatny z punktu widzenia oceny skuteczności samooczyszczenia;
7. Zarządzenie o wdrożeniu instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami – tajemnica przedsiębiorstwa – dokument dowodzi tylko tego, że instrukcja została wdrożona w AREA;
8. Wyciąg z instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami – tajemnica przedsiębiorstwa w części udostępnionej nie ma opisu sposobu postępowania z dokumentami dotyczącymi współpracy z kontrahentami na potrzeby ofertowania, a w szczególności zasad odnoszących się do dokumentów mogących wskazywać na konflikt interesów, z dokumentu tego wynika jedynie, że dokumenty regulujące współpracę z kontrahentami na potrzeby oferowania są szczególnie chronione;
9. Zarządzenie o wdrożeniu instrukcji zarządzania systemami informatycznymi - tajemnica przedsiębiorstwa dokument wskazuje tylko na to, że instrukcja została wdrożona w AREA;
10. Instrukcja zarządzania systemami informatycznymi – tajemnica przedsiębiorstwa – dotyczy postępowania z dokumentami elektronicznymi, sprzętem elektronicznym, zasadami korzystania z sieci publicznej i poczty służbowej – dokument nie dotyczy sposobu postępowania w celu zapobiegania konfliktom interesów;
11. Zarządzenie o wdrożeniu procedury oceny podmiotów trzecich – tajemnica przedsiębiorstwa – dokument dowodzi tylko tego, że procedura została wdrożona w AREA;
12. Procedura oceny podmiotów trzecich – tajemnica przedsiębiorstwa – dokument opisuje procedury postępowania i osoby odpowiedzialne za realizację procedur w przypadku pozyskiwania zasobów podmiotów trzecich jak i udostępniania zasobów jako podmiot trzeci, natomiast procedura nie reguluje postępowania w przypadku możliwości nawiązania współpracy rodzącej powiązania osobowe lub kapitałowe z podmiotem, który może składać osobne oferty w postępowaniu, których zainteresowany jest AREA. Dokument zatem nie przewiduje procedury pozwalającej na uniknięcie w pełni konfliktu interesów.

13. Pogram szkolenia – dokument jawny – wskazuje na przeprowadzenie przez radcę prawnego Arkadiusza Pilarka 12 godzinowego 2 dniowego szkolenia z przepisów ustawy oraz wdrażanych u Area instrukcji wewnętrznych stanowiących niejawnie załączniki do tego pisma.

14. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

Załączono też przykładowe oświadczenie o zachowaniu poufności oraz wzór umowy o zachowaniu poufności pomiędzy AREA i jej kontrahentem – dokumenty te potwierdzają, że AREA chroni poufność informacji własnych i kontrahenta, ale nie wskazują w jaki sposób zapobiega konfliktom interesów.

Wykonawca Area złożył tożsame w swojej treści wyjaśnienia dla części IV i V, różnice pomiędzy tymi wyjaśnieniami dotyczą jedynie przyjętych ilości odpadów do zagospodarowania, wkładów wynikających z danych narzuconych przez zamawiającego. Area zastrzegł znaczną część swoich wyjaśnień natomiast zamawiający nie uznał tak obszernego zastrzeżenia za skuteczne i odtajnił zastrzeżenia, których odtajnioną treść ustalono jako:

Area oświadczył, że:

- 1) całkowita cena oferty złożonej przez wykonawcę w części IV nie jest rażąco niska i została skalkulowana powyżej rzeczywistych kosztów, jakie wykonawca poniesie przy realizacji kompletnego przedmiotu zamówienia w postępowaniu;
- 2) Wykonawca zamierza zrealizować przedmiot zamówienia w pełni zgodnie z wszelkimi dokumentami zamówienia opublikowanymi w postępowaniu, w tym w szczególności z SWZ, warunkami umowy/OPZ;
- 3) zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia w pełni odpowiada wymogom stawianym przez zamawiającego w dokumentacji zamówienia;
- 4) cena ww. części została skalkulowana w sposób umożliwiający wykonanie całości przedmiotu zamówienia oraz osiągnięcie zysku.

Wskazał, że ustawodawca nie zawarł w przepisach ustawy definicji legalnej ceny rażąco niskiej, ale została ona ukształtowana przez bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 9 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 266/23, wyroku z dnia 6 kwietnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 714/21.

Wskazał, że załączona przez zamawiającego kalkulacja, której złożenia w postępowaniu żąda nie uwzględnia wszelkich elementów jakie wobec przygotowanego przedmiotu zamówienia należy przyjąć do kalkulacji ceny oferty w szczególności w zakresie kosztów zatrudnienia, stąd w szczegółowych wyjaśnieniach wykonawca wyjaśni metodologię dokonanej kalkulacji ceny.

Mając na względzie treść wezwania skierowanego do wykonawcy oraz regulacje ustawy, Wykonawca potwierdził, że łączna cena brutto oferty w postępowaniu obejmuje całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy oraz opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę, w postępowaniu jest ceną realną, nieodbiegającą swoim poziomem od cen rynkowych.

1. Wyjaśnienia w zakresie zarządzania i metody budowy oraz wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją usług

1.1. Wiedza i doświadczenie Wykonawcy w realizacji podobnych usług

Wykonawca legitymuje się doświadczeniem w realizacji projektów obejmujących podobne usługi, w tym o podobnym zakresie jak te objęte przedmiotem zamówienia. Przygotowanie oferty uwzględniającej wszelkie wynikające z dokumentacji postępowania elementy mające wpływ na cenę oferty, a jednocześnie stanowiące o istotnej przewadze konkurencyjnej (tj. uwzględniającej najniższe możliwe koszty, ale jednocześnie gwarantującej wykonawcy osiągnięcie zysku), możliwe było w związku z dotychczasowym doświadczeniem wykonawcy, zdobytym w ramach wielu projektów, w tym zrealizowanych w reżimie ustawy. Do tych projektów, w związku z ich specyfiką i sposobem świadczenia usług wykonawca musiał wprowadzić wewnętrzny system pracy odpowiadający wymaganiom dla tego typu usług, związanych chociażby z czasem pracy.

AREA podkreślił, że ma doświadczenie w realizacji usług o zbliżonym charakterze, pozwala mu na przyjęcie pewnych założeń i właściwą kalkulację kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, co dodatkowo pozwoliło w oparciu o zrealizowane dotąd usługi i ostateczne ich rozliczenie, z uwzględnieniem poziomu zysku, zaoferować korzystne stawki za wykonanie usług. Znajomość specyfiki działania rynku, jak również know-how w zakresie realizacji usług dla danego rodzaju usług z pewnością przekłada się na możliwość przyjęcia określonych założeń, przede wszystkim w zakresie kosztów jakie musi ponieść wykonawca w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

W zakresie wpływu doświadczenia na kalkulację ceny ofert, wykonawca przywołał wyrok z dnia 21 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1574/17.

Kolejnym istotnym elementem, który przełożył się na kalkulację ceny oferty, jest fakt, że przedsiębiorstwo wykonawcy ma siedzibę w niedaleko miejsca świadczenia usług, gdzie skupia się większość działalności wykonawcy.

Posiadanie siedziby w pobliżu miejsca prowadzenia usług stanowi o przewadze konkurencyjnej takiego wykonawcy nie tylko w zakresie znajomości lokalnego rynku oraz jego uwarunkowań, ale również umożliwia znaczne ograniczenie takich

kosztów osobowych jak np. delegacje oraz koszty zakwaterowania pracowników, jak również transportu niezbędnego sprzętu.

Nie powinno budzić wątpliwości, że posiadanie tzw. bazy oraz zaplecza technicznego w bliskiej odległości od terenu realizacji usług i siedziby zamawiającego oraz zaangażowanie personelu lokalnie zamieszkałych pracowników przekłada się na obniżenie kosztów po stronie wykonawcy.

Wskazał, że prowadzona polityka cenowa oraz okoliczności związane z prowadzoną działalnością, w tym zdobyte doświadczenie są istotnym czynnikiem cenotwórczym, który zamawiający zobowiązany jest brać pod uwagę w toku oceny oferty wykonawcy.

Przedmiotowa tezę potwierdza także orzecznictwo KIO, np. wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3357/21.

1.2. brak konsorcjanta i podwykonawców

Zgodnie z treścią złożonej oferty wykonawca ubiega się samodzielnie o udzielenie zamówienia publicznego. Taka okoliczność pozwala na eliminację kosztów związanych dodatkowym ryzykiem kontraktowym w związku z ewentualnym regresem czy kosztami dodatkowego ubezpieczenia prac wykonywanych przez podwykonawcę czy też kosztami administracyjnymi związanymi z obsługą prac w ramach konsorcjum czy przy zaangażowaniu w ramach konsorcjum.

Fakt wykorzystania własnych zasobów nie tylko zmienia ciężar ryzyka, ale także pozwala realnie zmniejszyć koszty związane z realizacją usług.

Powyższa okoliczność w niekwestionowany sposób wpływa na kalkulację ceny oferty wykonawcy w postępowaniu.

1.3. zastosowanie optymalnego rozwiązania technologicznego

Wykonawca wskazał, że w ramach realizacji zadania zamierza zastosować sposób wykonania usług uwzględniający wszystkie warunki zawarte w dokumentach zamówienia, w tym OPZ stanowiących załącznik do SWZ, a także w oparciu o znajomość rynku oraz posiadane doświadczenie.

Obok doświadczenia oraz stosowanego sposobu wykonania usług, AREA posiada wypracowane na przestrzeni lat sieci kontrahentów handlowych, w których różne grupy klientów mają różne pozycje negocjacyjne, a co za tym idzie oferty cenowe.

Szczegółowe informacje dotyczące stosowanego sposobu wykonania usług oraz cen materiałów zostały ujęte w dalszej części pisma obejmującej szczegółową kalkulację ceny oferty, z uwagi na zawarte w nich informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza danych wskazanych w ww. części i dowodach załączonych do niniejszego pisma, przede wszystkim stosowana metodologia wykonania usług, oszczędność metody w zakresie wykonywania usług oraz konkurencyjne oferty partnerów handlowych wykonawcy, w oczywisty sposób przekładają się na sporządzane kalkulacje i możliwość zastosowania niższych cen w Postępowaniu, lecz nadal realnych i przynoszących zysk wykonawcy.

W zakresie opisanej wyżej okoliczności związanej z indywidualnymi możliwościami, właściwymi dla danego wykonawcy, wielokrotnie wypowiadała się także Krajowa Izba Odwoławcza, np. wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3357/21, wyrok z dnia 14 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 870/22.

1.4. sposób zarządzania wykonaniem usług

Opisane już wyżej doświadczenie, którym legitymuje się AREA blisko związane z zakresem przedmiotu zamówienia, obejmuje także kwestie zarządzania realizacją tych usług.

Wykonawca w toku realizacji innych, podobnych przedsięwzięć i umów, wypracował także metodologię zarządzania procesem usług i delegacji zadań oraz nadzoru nad ich prawidłowym wykonywaniem.

Zarządzenie usługami odbywa się w ramach ustalonej struktury, z dominantą struktury pionowej, w które właściciel przedsiębiorstwa wykonawcy jest bezpośrednio zaangażowany w koordynację wykonywanych usług. Wykonawca bazuje na stałym personelu zorganizowanym w określone zespoły, ale też przygotowuje zespół na realizację usług objętych przedmiotem zamówienia.

Dodatkowo zespół administrujący realizacją zadań m.in. dział kadrowo-personalny, dział księgowy, dział obsługi kontraktów i odpowiedzialny za kontakty handlowe jest koordynowany przez właściciela, a wszystkie te zespoły ściśle współpracują ze sobą. Koszty związane z zarządzaniem wykonywaniem usług są współdzielone i rozkładają się pomiędzy różnymi zadaniami i umowami, w które zaangażowani są ww. interesariusze, a to przekłada się na obniżenie i optymalizację kosztów, które stanowią element kalkulacji ceny oferty w Postępowaniu.

Dodatkowo we wskazanej lokalizacji siedziby przedsiębiorstwa, znajduje się zarząd oraz biura administracji, a także baza magazynowa oraz zaplecze sprzętowe (pojazdy, urządzenia, maszyny), a takie ułożenie zespołu i sprzętu pozwala na optymalizację kosztów w ramach realizacji powierzonego zadania i oszczędza czas oraz koszty związane z logistyką i komunikacją członków zespołów odpowiedzialnych za wykonywanie projektów.

1.5. zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska

Wykonawca oświadczył także, że przy sporządzaniu kalkulacji ceny oferty przedmiotowego zadania wziął pod uwagę stosowne przepisy prawa z zakresu ochrony środowiska, które mogłyby mieć potencjalny wpływ na jej wysokość. W

oparciu o dotychczasowe doświadczenie, Wykonawca uwzględnił w toku kalkulacji wszelkie, niezbędne przepisy dotyczące ochrony środowiska naturalnego oraz normy, zwłaszcza dotyczące zakresu usług.

1.6. udzielona pomoc publiczna

Wykonawca wskazuje, że nie korzysta z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, której rodzaj lub zakres miałyby wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty wykonawcy. Kwota pomocy publicznej nie była brana pod uwagę przy wyliczaniu ceny oferty w ramach postępowania.

2. Cena oferty wykonawcy a wartość szacunkowa zamówienia oraz średnia arytmetyczna cen ofert

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w ramach części IV/V wynosi 2.553.637,56 zł brutto/ 2 120 665, 41 zł brutto.

Różnica ceny oferty wykonawcy w przedmiotowym zadaniu w stosunku do kwoty szacunkowej wynosi 248 836,99 zł/223 818, 53zł. Zatem kwota ta jest zbliżona do kalkulacji dokonanej przez zamawiającego i sam ten fakt pokazuje, że z doświadczenia zamawiającego wynika, że jest to cena realna i rynkowa.

W ramach części nr IV/V złożone zostały trzy/cztery oferty, których ceny nie są od siebie bardzo rozbieżne i przedstawiają następujące ceny:

MS-EKO sp. z o.o. ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa 5.808.391,20 zł/ 5 336 249,76zł.

REMONDIS sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa 3.302.688,01/ 3 034 747,74

V – Zielony Świat Józef Jankowski Budykierz 6a 07-308 Poręba 2 639 389,01zł

Analizując powyższe zestawienie cen ofert złożonych w ramach części nr IV/V dowodzi, że średnia arytmetyczna została nienaturalnie zawyżona przez wykonawcę MS-EKO sp. z o.o., który zaoferował w ramach przedmiotowego zadania cenę ponad dwukrotnie wyższą od szacunku zamawiającego i znacznie odbiegającą od pozostałych ofert. Taka okoliczność ma znaczenie w toku badania ceny oferty wykonawcy, którego oferta nie odbiega tak znacząco o od pozostałych cen ofert i jest ceną rynkową. Co więcej gdyby nie oferta z taką rażąco wygórowaną ceną, zamawiający nie byłby zobligowany do skierowania wezwania do Wykonawcy.

Analiza powyższego zestawienia wskazuje, że cena oferty wykonawcy choć odbiega od średniej arytmetycznej, to jednak różnica ta w sposób oczywisty wynika z rażąco wygórowanej ceny ofert jednego z wykonawców i powinna zostać uznana za cenę rynkową.

Powszechnie znanym faktem, zwłaszcza na rynku zamówień publicznych jest, że ceny ofert odbiegają in minus od szacunków i kwot zamawiającego oraz ofert konkurencyjnych.

Należy wziąć pod uwagę fakt, że na kalkulację ceny oferty wykonawcy wpływ mają czynniki obiektywne właściwe dla niego, związane z szeregiem okoliczności, które opisano w wyjaśnieniach.

Podkreślił, że sam fakt istnienia pewnych różnic w kwotach cen oferowanych przez wykonawców oraz kwotami, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie przesądza jeszcze o uznaniu danej ceny oferty za cenę rażąco niską.

Takie stanowisko potwierdza także jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone m.in. w wyroku z dnia 27 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2757/20, KIO 2759/20,

w wyroku z dnia 22 października 2012 r. sygn. akt KIO 2202/12, w wyroku z dnia 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 823/22.

Wskazał, że samo arytmetyczne badanie ceny oferty nie może stanowić podstawy do uznania jej za cenę rażąco niską, a jej skalkulowanie na poziomie zaoferowanym w postępowaniu wynika z okoliczności sprzyjanych, właściwych dla wykonawcy, opisanych w tym piśmie.

3. Wyjaśnienia w zakresie kosztów zgodności z kosztami pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Zgodnie z wymaganiami SWZ, osoby wykonujące czynności niezbędne w toku realizacji zamówienia, są lub będą zatrudnione przez wykonawcę na podstawie stosunku pracy przez Wykonawcę.

Wykonawca oświadczył, że w kalkulacji ceny oferty uwzględnił wszystkie wymagania w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a stosowne wartości przyjęte do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidziane stosownymi przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2022 r., poz. 1952) oraz obowiązki w zakresie kosztów zabezpieczenia społecznego.

Dodatkowo, że pracownicy zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, którzy będą delegowani do realizacji usług w ramach przedmiotowego postępowania, będą zgłoszeni do organu rentowego (właściwą miejscowo jednostką ZUS). W całkowitym koszcie oferty uwzględniono wszelkie koszty AREA jako pracodawcy, w tym również koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Szczegółowe kalkulacje kosztów w zakresie kosztów pracy zawarte są w dalszej części wyjaśnień w ramach szczegółowego uzasadnienia kalkulacji ceny oferty, z uwagi na zawarte w nich dane i wyliczenia, stanowiące tajemnicę

przedsiębiorstwa.

CZĘŚĆ TAJNA WYJAŚNIEŃ POCZĄTEK TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

4. Szczegółowe wyliczenie ceny oferty Wykonawcy

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zamawiającego, wykonawca przedstawia poniżej szczegółowe wyjaśnienia dotyczące złożonej oferty w rozbiciu na poszczególne elementy cenotwórcze, które zostały skalkulowane w ramach ceny oferty. Jednocześnie wskazał, że integralną część wyjaśnień stanowi również kalkulacja wymagana przez zamawiającego, zawierający koszty jakie uwzględnił zamawiający.

4.1. koszty związane z zatrudnieniem i zabezpieczeniem społecznym

Wykonawca potwierdził, że wszystkie osoby, które będą zaangażowane do realizacji prac objętych przedmiotowym zadaniem, są lub będą zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę z uwzględnieniem wszelkich przepisów prawa pracy.

Wykonawca wskazuje, że zamawiający wymagał w ramach kosztów pracowniczych przedstawienia następującej kalkulacji:

1. Koszty zatrudnienia pracowników na umowę o pracę - koszty pracodawcy

W tym miejscu AREA wkleił niewypełnioną tabelę z kalkulacji przygotowanej przez zamawiającego.

Oraz następującej kalkulacji:

2. Inne dodatkowe koszty zatrudnienia

W tym miejscu AREA wkleił niewypełnioną tabelę z kalkulacji przygotowanej przez zamawiającego.

Wykonawca wyjaśnił, że przygotowana i przedstawiona przez zamawiającego kalkulacja w zakresie kosztów pracowników, nie uwzględnia wszelkich niezbędnych elementów związanych z przepisami prawa pracy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz indywidualnej metodologii świadczenia usług przez wykonawcę, jak również systemowi pracy przyjętemu przez wykonawcę w sytuacji świadczenia tego typu usług.

AREA podkreślił, że OPZ tj. uwzględnienie, że niemal wszystkie kosze mają być opróżnione na godz. 7:00 oraz fakt, że w przypadku wielu lokalizacji odbiór następował będzie również od godz. 8:00 do 20:00 oraz fakt, że usługi mają być świadczone codziennie, wymaga to od każdego Wykonawcy w celu zapewnienia zgodności z przepisami Prawa pracy, przy obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę, musi wprowadzić zmianowy system pracy. Wykonawca przy wielu realizowanych umowach taki właśnie system musi stosować, stąd ma doskonale opracowaną metodologię w tym zakresie.

Wykonawca do kalkulacji przyjął zatem 3 zmianowy system pracy, który powoduje, że wykonawca może odpowiednio zagospodarować czasem pracy pracowników, zapewniając stałe świadczenie usług oraz zapewniając możliwość zastępstwa w ramach nieobecności poszczególnych pracowników. Z góry zaplanowany system zmianowy, powoduje również, że wykonawca nie jest zobowiązany do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia za pracę w niedzielę czy Święta, gdyż za pracę w te dni pracodawca zapewnia dni wolne - Art. 151(11) Kodeksu pracy.

W tym miejscu zamawiający uznał skuteczność zastrzeżonej tajemnicy.

Wykonawca w celu zapewnienia sobie niezbędnej liczby pracowników zawarł z założoną przez siebie liczbą osób przedwstępne umowy o pracę. Uwzględniające zarówno zmianowy system pracy, gdzie wynagrodzenie zostało ustalone w okresie realizacji umowy na kwotę zł brutto na umowie o pracę,

.....
Wynagrodzenie te co do minimalnej stawki jest zgodne z obowiązującym rozporządzeniem z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. i jednocześnie założeniami na rok 2025, gdzie w projekcie ustawodawca uwzględnił minimalną stawkę na poziomie 4626 zł brutto.

Tu AREA zamieścił tabelę obejmującą Stanowisko Wynagrodzenie brutto z umowy o pracę (zł) wraz z kosztami pracodawcy Liczba miesięcy Liczba niezbędnych etatów Łączny koszt – w ujęciu umowy Pracownik fizyczny/kierowca, w której zamawiający odtajnił jedynie liczbę miesięcy - 12

Tu AREA zamieścił tabelę dotyczącą pracy w godzinach nocnych obejmującą Stanowisko Stawka godzinowa brutto (zł) – 5 783.04 / 168 (średnia liczba roboczogodzin) Dodatkowe wynagrodzenie za pracę w godzinach nocnych (20% stawki godzinowej) Liczba godzin pracy nocnej w miesiącu 30,5 (liczba dni miesiąc, średnia) x 2 (liczba godzin pracy nocnej 21-23) x 2 (dwie role) Liczba godzin pracy nocnej w miesiącu 30,5 (liczba dni miesiąc, średnia) x 8 (liczba godzin pracy nocnej 23-7) x 4 (dwie role) Dodatek za pracę w godzinach nocnych miesięcznie Pracownik fizyczny/kierowca, w której nie odtajnił żadnych danych liczbowych.

Dodatek za pracę w nocy w ramach 12 miesięcy świadczenia usług – x = zł

Wykonawca uwzględnił również koszty urlopów pracowników przyjmując założenia zamawiającego:

liczba pracowników koszt dla pracodawcy, urlopy kierowców/pracowników fizycznych – 26 dni rocznie czyli 208 godzin, w którym zamawiający nie odtajnił pozostałych danych liczbowych/

Dla wyliczenia stawki jednej roboczogodziny danego pracownika, wykonawca przyjął średnią liczbę roboczogodzin w miesiącu kalendarzowym na poziomie 168 h. Wynagrodzenie brutto danego pracownika jest więc dzielone przez 168 h, co pozwala na ustalenie stawki za jedną roboczogodzinę, co pozwala na wyliczenie dodatku za pracę w godzinach nocnych.

Dowody:

1) Przykładowe przedwstępne umowy o pracę – załącznik nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa

Wykonawca uwzględnił niezbędne koszty wymagane przepisami m.in. składkę emerytalną, składkę rentową, koszty Funduszu Pracowniczego oraz odpisy w ramach Pracowniczych Planów Kapitałowych (dalej jako „PPK”).

Uruchomienie od dnia 01.01.2020 roku obowiązkowego mechanizmu PPK zgodnie z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2023 r. poz. 46), spowodowało po stronie pracodawców dodatkowego obciążenia w wysokości minimum 1,5% wynagrodzenia brutto pracownika zatrudnionego przez tego pracodawcę.

Jednocześnie udział pracowników w PPK jest dobrowolny, co oznacza, że w stosunku do pracowników, którzy złożą oświadczenie o rezygnacji z uczestniczenia w programie PPK, ich wypłaty nie są pomniejszane o wpłaty na PPK, a pracodawca nie ponosi tych kosztów. Osoby, z którymi AREA zawarło umowy przedwstępne nie wyrażają woli dołączenia do PPK.

4.2. koszty zakupów na potrzeby przedmiotu zamówienia

Na wstępie wykonawca musi wskazać, że co do zasady koszty zakupu (fakturowane) w sytuacji gdy Wykonawca jest płatnikiem podatku VAT, winny dla potrzeb kalkulacji uwzględniać się w kwotach netto, nie brutto. Bez wnikania bowiem w kwestie księgowe/podatkowe, podatek VAT dotyczący kosztów, Wykonawca jest uprawniony odliczyć z podatku VAT należnego do zapłaty, stąd podatek VAT przy zakupach na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi de facto kosztu dla wykonawcy. Jeżeli zamawiający wymaga jednak uwzględnienia w ujęciu brutto kosztów, to zdaniem wykonawcy, ewentualny zysk winien być również liczony od wynagrodzenia brutto wykonawcy, co wykonawca przedstawi w dalszej części wyjaśnień.

1) Koszt wkładów

Wykonawca przedstawia kalkulację w oparciu o wymagania Zamawiającego:

W tym miejscu zamawiający odtajnił rodzaj i liczbę wkładów, ale nie pozostałe dane liczbowe.

Zamawiający nie odtajnił też założeń kalkulacyjnych.

Kalkulacja w kwotach netto – według złożenia wykonawcy: zamawiający odtajnił rodzaj i ilość wkładu, ale nie pozostałe dane liczbowe.

Przyjęty przez wykonawcę na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia koszt to

Dowód:

- Oferta sprzedaży wkładów – załącznik nr 3 – tajemnica przedsiębiorstwa

2) Koszty utylizacji odpadów

Wykonawca przedstawia kalkulację w oparciu o dokument przesłany przez zamawiającego (z uwzględnieniem kwoty brutto.

zakładana do zebrania ilość odpadów [Mg] -12 miesięcy 1 105,70 – zamawiający nie odtajnił pozostałych danych liczbowych.

Wykonawca wskazuje przy tym zgodnie z przyjętym wcześniej założeniem kalkulacji netto kwotę zł netto. Kwota utylizacji jest faktem stałej współpracy z kontrahentem wykonawcy.

Dowód:

- Oferta utylizacji odpadów załącznik nr 4 – tajemnica przedsiębiorstwa

• Adres instalacji, do której będą przekazane odpady:

• Koszt transportu odpadów: Samochody wykorzystane przy opróżnianiu, zjeżdżają na rozładunek na ww. lokalizację,

Dodatkowo AREA wskazał, że w liczbie kilometrów do przejechania w ramach umowy uwzględnił dojazd do wskazanej lokalizacji.

3) Koszty utrzymania samochodów/Koszty paliwa

Wykonawca wskazał, że do wykonania przedmiotu zamówienia wykorzysta 3 samochody stanowiące jego własność przystosowane do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, tj. wyposażonymi w zabezpieczenie skrzyni przed wywiewaniem śmieci w postaci siatki. Wykonawca nie ponosi zatem dodatkowych kosztów związanych np. z leasingiem samochodów. Jedyne koszty jakie wykonawca ponosi w związku z utrzymaniem samochodów to koszty:

a) Ubezpieczenia OC –

b) Amortyzacji w czasie –

c) Napraw –

Koszty utrzymania samochodów (amortyzacja, ubezpieczenia, naprawy itp.) bruttozł

Wskazane wyżej koszty amortyzacji i napraw zostały oszacowane przez Wykonawcę na podstawie doświadczenia i prowadzonych statystyk. Kosztów tych nie da się bowiem udowodnić ze względu na ich nieprzewidywalność, wynikają natomiast ze statystyki napraw i użytkowania prowadzonej przez Wykonawcę w firmie.

Koszty w ujęciu netto zgodnie z metodologią Wykonawcy - zł.

Koszty zakupu paliwa według tabeli zamawiającego

Tabela obejmuje: markę i model samochodu zakładaną liczbą kilometrów- w skali umowy ilość zużytego paliwa- w skali umowy zakładaną cenę zakupu 1 litra paliwa brutto całkowity koszt zakupu paliwa –w skali umowy – zamawiający nie odtajnił danych słownych i liczbowych.

Wykonawca przyjął na 12 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia, że każdy samochód przejedzie ok. km, przy czym dane te są zawyżone w celu uniknięcia ewentualnego ryzyka niedoszacowania. Dane te wynikają z doświadczenia wykonawcy oraz przyjętych założeń optymalizacji tras, wykonawca na podstawie OPZ i wykazu lokalizacji opracowuje najbardziej optymalną trasę przejazdu, co przekłada się zarówno na mniejsze spalanie i ochronę środowiska. Również z dużym zapasem wykonawca przyjął spalanie na poziomie na 100km, chociaż raporty spalania modelu samochodu pokazują je na poziomie na 100km.

Wskazać przy tym należy, że wykonawca nabywa paliwo w stałym źródle z rabatami jednak biorąc pod uwagę wahania cen paliwa na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia przyjął kwotę 7 zł za litr, przy czym jak już wskazywano wykonawca kalkulował koszty w ujęciu netto, zatem 5,69 zł za litr. Uwzględnione dane są jak najbardziej realne i rynkowe i nie wymagają dodatkowych dowodów.

Kwota przyjęta przez Wykonawcę - zł.

4) Inne koszty

Zamawiający wymagał przedstawienia w kalkulacji:

Inne nieujęte koszty (wskazać jakie).....– ... zł

Wykonawca kalkulując cenę oferty przyjął założenia co do kosztów innych związanych z realizacją zamówienia, których nie da się dokładnie skalkulować jednak doświadczenie wykonawcy pozwala mu na oszacowanie kosztów drobnych takich jak - worki, rękawiczki, posiłki, woda, ubrania na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, które w ocenie wykonawcy wyniosą zł brutto na 12 miesięcy realizacji umowy zł netto w ujęciu wykonawcy. Z doświadczenia wykonawcy wynika bowiem, że komplet ubrania roboczego dla jednego pracownika, poza rękawiczkami jest wymieniany co pół roku, stąd 2 komplety na okres realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca uwzględnił przy tym cały komplet dostosowany do pory roku. Łączny koszt dla ... etatów to4 zł netto. Dodatkowo wykonawca uwzględnił koszt worków na śmieci, przy czym wobec sposobu realizacji przedmiotu zamówienia koszt ten jest znikomy, gdyż worki wykorzystywane są tylko w niektórych lokalizacjach, w większości natomiast śmieci są bezpośrednio opróżniane na pojazd. Koszt worków to ... zł brutto, nawet przy uwzględnianiu wykorzystania worków w okresie realizacji przedmiotu umowy to koszt zł netto. W ogólnej opisanej wyżej kwocie znajdują się również koszty wody, drobnych narzędzi i innych nieprzewidzianych wydatków.

Dowód:

- faktura ubrania – załącznik nr 5

- paragon worki – załącznik nr 6

Ponadto wśród istotnych czynników kształtujących poziom ceny oferty, które wykonawca uwzględnił w toku sporządzanej kalkulacji znajdują się szeroko pojęte koszty ogólne, związane z funkcjonowaniem i administracją przedsiębiorstwa, na które składają się w szczególności następujące uśrednione koszty:

1) Koszty ubezpieczenia prowadzonej działalności;

2) Koszty najmu/utrzymania terenu pod biura i magazyny;

3) Koszty ochrony obiektów i sprzętu;

4) Koszty administracji biura i pomieszczeń;

5) Koszty ofertowania;

6) Koszty obsługi prawnej;

7) Koszty mediów;

8) koszty prowadzenia działań związanych z obsługą kontraktów (biuro projektu), związane również z prowadzeniem niniejszego projektu (nadzór i zarządzanie);

9) Koszty marketingu;

10) Koszty urządzeń biurowych i materiałów eksploatacyjnych;

11) Inne koszty ryzyko

Powyższe składowe zgodnie z polityką AREA wyliczane są odniesieniu do wartości łącznej ceny oferty netto, ze względu

na fakt realizacji wielu przedsięwzięć i umów jednocześnie koszty te ustalane są indywidualnie w zależności od złożoności projektu, potrzeby zaangażowania i obsługi kontraktu. W tym przypadku zadanie nie wymaga znacznego nakładu pracy i zaangażowania stąd wykonawca przyjął na w/w koszty zł w skali roku.

Wskazał, że koszty administracyjne opisane w tej części są rozkładane pomiędzy różne projekty i umowy realizowane przez AREA, co pozwala na ich optymalizację i takie racjonalne amortyzowanie, bez nadmiernego obciążania jednego tylko projektu.

5) Przetawienie koszy

Zamawiający wymaga również podania kosztów przetwarzania koszy. AREA wskazuje, że przy pracach dot. przetwarzania koszy będzie wykorzystany specjalistyczny samochód

Podsumowanie:

Kwota (zł brutto) założenia Zamawiającego

Założenia Wykonawcy ujęcie netto

Zatrudnienie

Wyposażenie koszy we wkłady

Utylizacja odpadów

Paliwo

Utrzymanie samochodów

Inne nieujęte koszty

Zysk

RAZEM

Zamawiający nie odtajnił danych liczbowych

Zatem zakładany zysk wykonawcy, jaki przyniesie realizacji przedmiotowego zadania wynosi zł zgodnie z wymaganiami przedstawienia przez zamawiającego i netto według założeń wykonawcy.

Z daleko posuniętej ostrożności Wykonawca załącza do wyjaśnień plik przesłany przez zamawiającego, z zastrzeżeniem, że wiążąca jest treść wyjaśnień.

W świetle powyższego, mając na uwadze fakt, że przedmiotowe roboty zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego, a także z zyskiem dla wykonawcy, należy uznać, że cena oferty w ramach Zadania nr 20 nie wypełnia znamion ceny rażąco niskiej i nie może być za taką uznana.

Powołał wyrok KIO z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 351/23.

Wykonawca podkreślił, że oferta złożona w ramach części IV/V jest w pełni zgodna z dokumentami zamówienia, cena jest realna, pozwala nie tylko na osiągnięcie zysku wykonawcy, a jednocześnie pozwala na zaoszczędzenie i zoptymalizowanie kosztów realizacji przedmiotu umowy po stronie zamawiającego.

Załączniki:

1. Przykładowy Grafik pracy AREA – załącznik nr 1 – tajemnica przedsiębiorstwa – załącznik prezentuje sposób pracy trójmianowej
2. Przykładowe przedwstępne umowy o pracę – załącznik nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa – zawarto 4 przykładowe przedwstępne umowy o pracę, które potwierdzają kalkulowaną wysokość wynagrodzenia,
3. Oferta sprzedaży wkładów – załącznik nr 3 – tajemnica przedsiębiorstwa – potwierdza wysokość kosztów zakupu wkładów w wymaganych przez zamawiającego rodzajach za przyjętą w kalkulacji cenę,
4. Oferta utylizacji odpadów załącznik nr 4 – tajemnica przedsiębiorstwa – zawiera oświadczenie firmy, do której ma nastąpić przekazanie odpadów do ich zagospodarowania o wysokości ceny zagospodarowania w 2024 zgodna z wysokością przyjętą w kalkulacji.
5. faktura ubrania – załącznik nr 5 – tajemnica przedsiębiorstwa – zawiera koszt zakupu 1 kompletu ubrania służbowego
6. paragon worki – załącznik nr 6 – załącznik odtajniony z którego wynika, że 10-Pak worków na śmieci o nieustalonej pojemności nabyto w Pepco za 3 zł brutto.

Do wyjaśnień dołączono uzasadnienie zasadności objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa AREA o następującej treści:

Przyjęty sposób kalkulacji zawartej w ofercie ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa mającą dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, wykonawca zastrzegł odpowiednio oznaczane informacje zawarte w niniejszym piśmie wyjaśnieniach oraz uzasadnieniu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w załączonych do pisma dowodach, obejmujących w szczególności obowiązujące u wykonawcy regulacje wewnętrzne oraz oferty od kontrahentów handlowych, szczegółowe wyliczenia, polityki wewnętrzne oraz stosowane wzory umów jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) (Dz. U. 2022 r. poz. 1233), wskazując, że nie mogą one zostać ujawnione podmiotom innym niż zamawiający lub podmioty działające w imieniu i na rzecz zamawiającego w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia

publicznego.

Wykonawca powołał treść art. 11 ust. 2 uznk.

Wykonawca zauważył, że zawarte w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty ARE złożonej w przedmiotowym postępowaniu, przede wszystkim szczegółowe kalkulacje związane ze sposobem prowadzenia działalności operacyjnej przedsiębiorstwa, stosowanej technologii, a także informacje na temat ponoszonych kosztów, w tym szczegółowe dane dotyczące stawek i wyliczeń wynagrodzenia zespołu pracowników wykonawcy, cenach wypracowanych w ramach relacji biznesowych z dostawcami materiałów, a także metodyce sporządzania wyliczeń ofertowych przez wykonawcę w zakresie realizacji usług.

Wskazane wyżej informacje bez wątpienia stanowią informacje organizacyjne oraz inne informacje, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji a także nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Co istotne, informacje, dowody i wyliczenia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w ramach tych wyjaśnień, nie zostały nigdy w inny sposób ujawnione do wiadomości publicznej, a dodatkowo w ramach funkcjonowania i działalności przedsiębiorstwa, tylko ograniczony krąg osób ma do nich dostęp, z uwagi na ich znaczenie dla prowadzonej działalności oraz jej utrzymania.

Zawarte w szczegółowych wyjaśnieniach ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu dotyczą kwestii strategicznych z punktu widzenia wykonawcy i kluczowych dla realizacji jego strategii biznesowej, obejmują one m.in. informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne, które w realny i mierzalny sposób przekładają się sporządzaną ofertę oraz ceny zawarte w kosztorysie usług, zatem nie powinno być wątpliwości co do konieczności objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Kwestie związane ze szczegółowymi kosztami sprzętu, materiałów, kwestie organizacji personelu zaangażowanego w wykonanie usług i szczegółowo skalkulowana czasochłonność oraz czynniki związane z optymalizacją kosztów, dzięki wypracowanym relacjom handlowym przekładają się na szacunki i wycenienia wykonawcy oraz możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny.

Podkreślił, że doniosła wartość gospodarcza przedmiotowych informacji i wyliczeń jest ściśle skorelowana z działalnością wykonawcy na rynku, zwłaszcza na rynku w obrębie województwa mazowieckiego, stanowi o jego pewnych przewagach, w tym w zakresie prowadzonej polityki funkcjonowania przedsiębiorstwa, optymalizacji kosztów czy relacji handlowych z dostawcami, których zachwianie mogłoby w realny sposób osłabić pozycję ARE A oraz spowodować konkretne, mierzalne straty finansowe.

Oczywistym bowiem jest, że uzyskanie przez podmioty konkurencyjne informacji na temat szczegółowych wyliczeń i stosowanych metodologii kalkulacji ceny oferty, stawek, kontrahentów, organizacji wewnętrznej AREA, może doprowadzić do realnego zagrożenia udziału wykonawcy w kolejnych postępowaniach, a znajomość stosowanych przez wykonawcę algorytmów i wyliczeń stawek za wykonanie konkretnych usług może być wykorzystana przez konkurencję do osłabienia pozycji ARE A na rynku m.in. przez wcześniejsze estymacje cen w innych, przyszłych postępowaniach przetargowych, czy próbach negocjacji korzystniejszych cen z dostawcami i kontrahentami w celu złożenia oferty konkurencyjnej, a także potencjalnych prób podkupienia członków personelu, zatrudnionego przez Wykonawcę.

Stąd należyta staranność metarializująca się m.in. w utrzymywaniu w poufności konkretnych, szczegółowych informacji i wyliczeń oraz prowadzeniu działań prewencyjnych w tym zakresie, których wyrazem są m.in. stosowane klauzule dotyczące poufności w umowach zawieranych przez AREA, wprowadzenie Instrukcja Zarządzania Dokumentami, Instrukcji zarządzania systemem informatycznym, ograniczenie dostępu do newralgicznych informacji związanych z prowadzoną działalnością przedsiębiorstwa itp.

Opisane okoliczności i czynniki mają oczywiste przełożenie na wartość gospodarczą informacji i danych przedkładanych w tych wyjaśnieniach, a jako takie mieszczą się w definicji wyznaczonej przepisami UZNK.

Dodatkowo wykonawca wskazał, że mając na względzie zasady wynikające z przepisów ustawy, przede wszystkim jawność postępowania udzielenie zamówienia publicznego, dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokładnie zweryfikował zakres zastrzeganych informacji, tak aby obejmował on rzeczywiście te dane i informacje, które wypełniają znamiona definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, co do których spełnione zostały przesłanki i wymagania nałożone przez ustawodawcę.

W zakresie zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz tego, że nie jest ona normą bezwzględną, wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując, że doznaje ona wyjątków ograniczeń. Dla przykładu przywołał wyrok z dnia 16 marca 2023 r. sygn. akt KIO 590/23.

Co także istotne, dostęp do zastrzeżonych przez wykonawcę informacji ma wąski krąg osób zaangażowanych w proces ofertowania, wszelka korespondencja w tym zakresie jest zastrzeżona jako poufna, a osoby otrzymujące te informacje zobowiązane są w każdym przypadku do zachowania ich poufności.

W ramach przygotowanych, szczegółowych wyjaśnień ceny oferty ARE A przedstawił nie tylko konkretne, detaliczne

wyliczenia w zakresie cen i stawek, oraz stosowanych marż, prognozowanych zysków w ramach realizacji usług objętych przedmiotowym postępowaniem, ale także szczegóły dotyczące kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa i stosowane metodologie które są generalnie wykorzystywane przez wykonawcę w ramach prowadzonej działalności i pozyskania kontraktów, także na rynku prywatnym, nie objętym reżimie przepisów ustawy. Sposoby kalkulacji ofertowych, ponoszone koszty i kwestie zarządcę oparte na bogatym, doświadczeniu stanowią jego unikatowe know how w branży, oraz na rynku, składającym się na wartość przedsiębiorstwa wykonawcy i jego pozycji, a także przekładają się na sukcesywnie prowadzoną politykę rozwoju.

Wykonawca dokłada należytych starań w celu ulepszania procesów wewnętrznych, podnoszenia poziomu informacji i bezpieczeństwa, ponosi nakłady związane z inwestycjami i optymalizacją kosztów przedsiębiorstwa realizując odpowiednie, rozsądne działania kadrowe, zakupowe, utrzymując wypracowane relacje biznesowe z kontrahentami oraz dostawcami usług niezbędnych do funkcjonowania przedsiębiorstwa, a to wszystko jest ściśle związane w prezentowanymi w wyjaśnieniach wyliczeniami i elementami cenotwórczymi oraz stanowią realną wartość gospodarczą. W zakresie wartości gospodarczej konkretnych informacji, ugruntowane jest już stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w licznych swoich orzeczeniach wskazywała na fakt jej znaczenia w walce konkurujących na rynku podmiotów.

Celem przykładu przywołał wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1129/17, wyrok z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 649/23, wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1483/23.

Dodatkowo, w zakresie jeszcze informacji organizacyjnych, w tym odzwierciedlających zasady i koszty funkcjonowania podmiotu w ramach prowadzonej działalności, należy podkreślić, że stanowią one także informacje o walorze wartości gospodarczej wykonawcy i objęte są dyspozycją regulacji UZNK.

Potwierdzenie powyższego znajdujemy również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym m.in. w wyroku z dnia 14 marca 2023 r. sygn. akt KIO 555/23.

Oczywistym jest także, że przejęcie przez podmioty konkurujące na rynku z wykonawcą wiedzy na temat szczegółów finansowych i gospodarowania jej mieniem w sposób wypracowany przez praktykę AREA, umożliwiający optymalizację kosztów i ich rozkład w ramach realizowanych przedsięwzięć i projektów, może doprowadzić na naruszenia wartości gospodarczej.

W orzecznictwie wskazuje się także, że wartość chronionej informacji nie musi być znacząca, może być też aktualna lub potencjalna.

Przywołał pogląd zawarty w orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego, z 11 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK 3487/15. Powołał też stanowisko doktryny -J. Szwaja red. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019)

Wartość gospodarcza informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy w zakresie szczegółowych kalkulacji oraz treści stosowych załączników przejawia się w szczególności w tym, że ich potencjalne upublicznienie stanowi realne zagrożenie dla aktualnych i potencjalnych interesów Wykonawcy.

Wykonawca oświadczył, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Wykonawca nie udostępnia informacji i załączników, które zostały zawarte w treści niniejszego pisma jako tajemnica przedsiębiorstwa innym osobom ani podmiotom, które nie są zobowiązane do zachowania ich w poufności. Wszyscy pracownicy oraz współpracownicy, podmioty współpracujące z wykonawcą są zobowiązane do zachowania ich w poufności.

Podkreślił, że niezasadnym jest odtajnianie fragmentów zastrzeżonych informacji, które co prawda same w sobie mogą nie stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa jednak ich odtajnienie nie może stanowić podstawy do wniesienia środków ochrony prawnej. Chodzi o pojedyncze słowa czy fragmenty, które z punktu widzenia wyjaśnień stanowią ich uzupełnienie. Nadto wyjaśnienia takie należy traktować jako zbiór informacji, które w całości przesądzają o ich charakterze. Należy bowiem zauważyć, że próba sztucznego wydzielania części czy zdań z fragmentu pisma, może zniekształcić jego treść i intencję nadawcy informacji.

Powyższą tezę potwierdza także najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zawarte m.in. w wyroku z dnia 21 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1483/23

Wykonawca po raz kolejny odniósł się do zachowania poufności

Co do wartości gospodarczej to sam proces sporządzenia oferty, poprzedzony analizą dokumentacji, konsultacjami m.in. w zakresie kwestii prawnych, jest czasochłonny oraz niesie za sobą konkretne koszty. Podobnie na etapie sporządzania wyjaśnień treści oferty.

Według wyliczeń wykonawcy przygotowanie oferty oraz wyjaśnień w zakresie ceny, (zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie dziewięciu zadań w ramach postępowania), pochłonęło ponad 34 godzin pracy personelu wykonawcy oraz zewnętrznej kancelarii prawnej, udzielającej wsparcia merytorycznego.

W proces opracowania wyjaśnień zaangażowani byli wysoko wykwalifikowani pracownicy i współpracownicy Wykonawcy, co oznacza, a więc osoby pobierające najwyższe wynagrodzenie.

Biorąc pod uwagę liczbę godzin i koszty ponoszone przez wykonawcę, według jego szacunków, całkowity koszt sporządzenia oferty w ramach przedmiotowego postępowania oraz wyjaśnień w zakresie oferty, plasuje się na poziomie 5000 zł (koszty ujęte w ramach funkcjonowania przedsiębiorstwa w obu częściach).

Zaprezentowane w ww. środku dowodowym Informacje dotyczące stawek i wynagradzania osób, które mają zostać zatrudnione przez wykonawcę na poszczególnych stanowiskach, zaangażowanych w szeroko rozumiany proces ofertowania, jest także informacją kluczową, ponieważ obrazuje politykę płacową jak również możliwości wykonawcy w zakresie konkurencyjności i prowadzonej polityki handlowej, a ich ujawnienie grozi realnym stratami finansowymi w krótko i długoterminowej działalności.

Cieężko precyzyjnie oszacować owe straty, w postaci konkretnych danych liczbowych, bowiem na te szacunki wpływa wiele czynników jak np. zapotrzebowanie rynku w przyszłości, co z założenia przesądza o abstrakcyjności tych danych, jednakże dla określenia wartości gospodarczej wystarczające jest, że niezależnie od wysokości, działalność wykonawcy zagrożona jest realnymi stratami, które może on ponieść.

Wykonawca dokonał analizy wartości potencjalnej straty w stopniu, który był mu dostępny i możliwy, a wyniki tego badania wskazują, że informacje dotyczące kalkulacji ceny oraz złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny posiadają wartość powyżej 5 milionów złotych. Estymacja poczyniona przez wykonawcę opiera się na zgrubnym tylko wyliczeniu potencjalnie utraconych kontraktów, do których odnosi się treść wyjaśnień AREA, bowiem oczywistym jest, że zdobywszy wiedzę na temat szczegółów dotyczących wyliczeń ceny oferty oraz zasad sporządzania kalkulacji, kosztów przedsiębiorstwa i metodologii ich uwzględniania w planowanych realizacjach, może umożliwić podmiotom konkurencyjnym do dość precyzyjnego oszacowania potencjalnych przyszłych kosztorysów w przyszłych, cyklicznie prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji doprowadzić do pozbawienia AREA możliwości konkurencyjnego ubiegania się o przyszłe kontrakty.

W ramach sporządzonych wyliczeń, wykonawca założył wzrost kwot aktualnych kontaktów i – w przypadku postępowania – wzrost kwot jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację poszczególnych zadań, z dodatkowym marginesem bazującym na aktualnym wskaźniku inflacji.

Ponownie opisał jakie z faktu ujawnienia informacji widzi zagrożenia dla swojej pozycji konkurencyjnej

Działania podejmowane w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią powielenie informacji już kilkakrotnie podawanej we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia. Jako novum podał zamieszczanie we wszelkiej korespondencji związanej z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym także w korespondencji mailowej, klauzul wynikających z instrukcji zabezpieczanie na serwerze AREA informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa hasłem dostępu; cykliczne przypominanie pracownikom AREA o treści art. 100 § 2 pkt 4 i 5 Kodeksu pracy, cykliczne przypominanie osobom współpracującym z AREAną podstawie umów cywilnoprawnych o celu zawartych umów, a także o tym, że „ważne powody” wypowiedzenia umowy zlecenia w rozumieniu art. 746 § 1 Kodeksu cywilnego, to przede wszystkim utrata zaufania potrzebnego do dalszego wykonywania świadczenia oraz działania, które tą utratę zaufania uzasadniają, do umów wprowadzono postanowienia o obowiązku zachowania poufności pod rygorem zapłaty kary umownej za naruszenie; zakaz wynoszenia przez pracowników AREA poza siedzibę przedsiębiorstwa dokumentów i innych nośników zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa; wprowadzenie zakazu używania poczty służbowej i komputerów przenośnych do innych celów niż służbowe; przechowywanie dokumentów zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w wydzielonych pomieszczeniach, do których dostęp weryfikowanych jest ograniczony do osób upoważnionych; przechowywanie nośników z kopiami zapasowymi w wydzielonych pomieszczeniach, do których dostęp weryfikowanych jest za pomocą identyfikatora; cykliczne szkolenia pracowników oraz osób, z którymi AREA współpracuje, z wewnętrznych procedur obejmujących zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa;

właściwe zabezpieczenie serwerów A R E Aprzed nieuprawnionym dostępem; instalacja oprogramowania antywirusowego, systemów typu firewall i odpowiedniej konfiguracji aktualizacji oprogramowania na każdym stanowisku pracy związanym z dostępem do informacji posiadanych przez AREA; okresowy audyt systemów i procedur bezpieczeństwa.

Zagadnienia te regulują:

AREA_Instrukcja zarządzania systemem informatycznym_2024 – załącznik nr 1 - tajemnica przedsiębiorstwa;

AREA_NDA_wzór – załącznik nr 2 - tajemnica przedsiębiorstwa;

Instrukcja Zarządzania Dokumentami_wyciąg nr 3 – tajemnica przedsiębiorstwa;

Przykładowe oświadczenie o zachowaniu poufności AREA - załącznik nr 4 - tajemnica przedsiębiorstwa

17 września 2024 r. POLSUPER sygnalizował zamawiającemu możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie CT Piotr Purchała w zadaniu II. W piśmie podniósł argumenty przedstawione następnie w odwołaniu oraz załączył dowody z

postaci aneksu do umów zawartych przez niego z Remondis na zagospodarowanie odpadów wskazujące na koszt tego zagospodarowania na poziomie 710 i 770 zł/Mg oraz fakturę na zakup wkładów za 50 i 60zł/wkład w zależności od pojemności wkładu.

Dowody odwołującego AD- Complex-Dariusz Apelski

Z wniosku aktualizacyjnego - podgląd wynika, że dla miejsca prowadzenia działalności Dębe wydano 4 decyzje - zezwolenia na zbieranie odpadów nr ZŚ.6233.28.2014, ZŚ.6233.28.2014 Nr 285/2015, ZŚ.6233.28.2014 Nr 390/2017 i PZ-OP-I.7244.164.2020.MS

Ze strony Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych w Serocku, ul. Nasielska 26 wynika, że posiada on decyzję na transport odpadów, zezwolenie na zbieranie odpadów, rozszerzenie katalogu na zbieranie, WDR Serock, RDR Legionowo i GIOŚ

Z pisma Ministerstwa Środowiska Departamentu Gospodarki Odpadami z 12 marca 2013 r. wynika, że na pytanie o treści Czy podmioty zajmujące się opróżnianiem koszy ulicznych, pielęgnacją terenów zielonych lub sprzątaniem ulic i targowisk, a nieodbierające odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinny uzyskać wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a tym samym spełnić wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122)?

Zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391, z późn. zm.) przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne. Jednakże podmiot, który prowadzi działalność polegającą wyłącznie na opróżnianiu koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych lub sprzątaniu ulic i targowisk może, ale nie musi być podmiotem odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) wytwórcą odpadów w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątania, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba, że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Wobec powyższego istotne jest, jaka jest treść umowy łączącej strony. W przypadku gdy w umowie będzie wskazane, że wytwórcą odpadów jest zlecający wykonanie usługi, wówczas wykonujący usługę jest odbierającym odpady komunalne i powinien posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej oraz spełnić wymogi wynikające z ww. rozporządzenia. Jeżeli jednak w umowie nie będzie takiego zapisu, wówczas to wykonujący usługę opróżniania koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych lub sprzątania ulic i targowisk będzie wytwórcą odpadów, a nie odbierającym odpady od właścicieli nieruchomości.

W zakresie transportu należy zauważyć, iż przejściowo, na podstawie art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach są utrzymane przepisy dotychczasowe, ale z chwilą utworzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 tej ustawy, transport odpadów będzie wymagał uzyskania wpisu do rejestru. Jednakże jeżeli przedsiębiorca jest wytwórcą odpadów, wówczas na transport wytworzonych odpadów nie musi mieć zezwolenia, ani wpisu do rejestru. Jednocześnie podmiot wykonujący tego typu usługę, jeżeli sam nie transportuje odpadów do odpowiedniej instalacji, jest obowiązany do zlecenia transportu posiadaczowi odpadów posiadającemu zezwolenie (które po utworzeniu rejestru o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2013 r. o odpadach zostanie zastąpione obowiązkiem wpisu do rejestru, prowadzonego przez marszałka województwa

Z informacji zamawiającego z 3 kwietnia 2023 r. wynika, że zamawiający nie wzywał wykonawców do należytego wykonania umowy, gdyż nie wynika to z zapisów umowy, przesłał skany kar umownych i protokołów odbioru

14 sierpnia 2024 zamawiający na wniosek w sprawie udzielenia informacji publicznej z dnia 30.07.2024r, dotyczący sposobu realizacji umów w zakresie części I i II postępowania na „Pielęgnację zieleni, utrzymanie czystości oraz ukwiecenie elementów małej architektury na pętlach komunikacji miejskiej na terenie m.st. Warszawy” przez wykonawcę — Zielony Świat Józef Jankowski wskazał, co że:

1. Uwagi dotyczące sposobu realizacji umów są zawarte w protokołach odbioru prac w poszczególnych miesiącach.

Kopie protokołów stanowią załącznik do odpowiedzi. ZOM nie dysponuje odrębną korespondencją w tym przedmiocie.

2. ZOM naliczył wykonawcy następujące kary umowne dotyczące niedotrzymania terminu realizacji prac bądź wykonania prac niezgodnego z warunkami technicznymi:

1.I — lewobrzeżna strona Warszawy w okresie 01.03.2024r. - 31.07.2024r. kara 6 600,00 zł za uchybienia co do jakości i terminowości wykonanych prac

2.II — prawobrzeżna strona Warszawy w okresie 01.03.2024r. - 05.06.2024r. kara 9 400,00zł za uchybienia co do jakości i terminowości wykonanych prac

(w załączeniu skan pisma nr: ZOM-TO.502.1.8.2024.MKU, ZOM-TO.502.1.15.2024.MKU, ZOMTO.502.1.17.2024.MK, ZOM-TO.502.1.25.2024.MKU, ZOM-TO.502.1.29.2024.MKU, ZOMTO.502.1.36.2024.MKU, ZOM-TO.502.1.37.2024.MK

ZOM-TO.502.1.43.2024.MKU)

3. Zamawiający wypowiedział wykonawcy umowę w części II — prawobrzeżna strona Warszawy na podstawie par 10 ust. 4 pkt a) umowy z dnia 5.06.2024r. W związku z zaistniałą sytuacją zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 11 049,46 zł (w załączeniu pismo nr ZOMTO.502.1.39.2024.MKU z 05.06.2024 r. oraz skan umowy nr ZOMUM/08/24/LR-8W z 29.02.2024 r.)

4. Zamawiający do realizacji umowy w zakresie części II — prawobrzeżna strona Warszawy wybrał jako Wykonawcę firmę STZ Sp. z o.o. (w załączeniu skan umowy ZOMUM/30/24/LR-109W z dnia 27.06.2024 r.)

Z pisma z 5 czerwca 2024 r. wynika, że zamawiający w par. 10 ust. 4 pkt. a umowy przewidział możliwość odstąpienia od umowy jeśli wysokość kar w jednym okresie rozliczeniowym przekroczy 20% wartości brutto zleconych prac. Zamawiający zlecił prac o wartości 18 847,56 zł, czyli próg odstąpienia wyniósł 3 769,51 zł., a w tym okresie naliczył Józefowi Jankowskiemu karę 6 600 zł. To był powód odstąpienia i naliczenia kary za odstąpienie w wysokości 11 046,49 zł.

Z pism dotyczących naliczenia kar umownych dotyczących umów z Józefem Jankowskim nr ZOMUM/07/24/LR-18W ZOMUM/08/24/LR-18W wynika, że naliczono następujące kary umowne:

1. Dotyczy: umowy nr ZOMUM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r

21.06.2024r kontrola wykazała niewłaściwe wykonanie prac na pętlach komunikacji miejskiej. Sprzątanie terenów zieleni nie zostało wykonane zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 1 do ww. umowy.

Zgodnie z par. 6 pkt 3a umowy nr ZOMUM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. naliczono karę umowną w wysokości 800 zł.

2. Dotyczy: umowy nr ZOMUM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r.

21.05.2024r. kontrola wykazała niewłaściwe wykonanie prac na pętlach komunikacji miejskiej. Koszenie trawników nie zostało wykonane zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 3 do ww. umowy i zleceniem nr ZOM-TO.502.1.26.2024.MKU z dnia 29.04.2024r.

Zgodnie z par. 6 pkt 3b umowy nr ZOMUM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. naliczono karę umowną w wysokości 800 zł.

3. Dotyczy: umowy nr ZOMUM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r.

Przeprowadzone kontrole wykazały niewłaściwe wykonanie prac na pętlach komunikacji miejskiej:

Banacha — koszenie trawników nie zostało wykonane zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 3 do ww. umowy i zleceniem nr ZOM-TO.502.1.27.2024.MKU z dnia 29.04.2024r.

Stare Bemowo — usunięcie 2 szt. drzew nie zostało wykonane zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 13 do ww. umowy i zleceniem nr ZOM-TO.502.1.30.2024.MKU z dnia 7.05.2024r.

Zgodnie z par. 6 pkt 3b umowy nr ZOMUM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. naliczono karę umowną w wysokości 2 200,00 zł.

4. Dotyczy: umów nr ZOMUM/07/24/LR-18W i ZOMUM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r.

30.04.2024r. przeprowadzone kontrole wykazały niewłaściwe wykonanie prac na pętlach komunikacji miejskiej:

- Dworzec Centralny- pielęgnacja krzewów nie została wykonana zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 7 do ww. umowy i zleceniem nr ZOM-TO.502.1.19.2024.MKU z dnia 11.04.2024r.

- Augustów (Chudoby), Tarchomin Kościelny mulczowanie korą krzewów nie została wykonana zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 10 do ww. umowy i zleceniem nr ZOM-TO.502.1.21.2024.MKU z dnia 22.04.2024r

Zgodnie z par. 6 pkt 3b ww. umów naliczono kary umowne w wysokości:

- Umowa nr ZOMUM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. - 1000zł,

- Umowa nr ZOMUM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. -400zł

5. Dotyczy: umowy nr ZOMUM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r.

25.04.2024r kontrola wykazała niewłaściwe wykonanie prac na pętli komunikacji miejskiej Cm. Wolski. Sprzątanie terenów zieleni nie zostało wykonane zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 1 do ww. umowy.

Zgodnie z par. 6 pkt 3a umowy nr ZOMUM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. naliczono karę umowną w wysokości 200 zł.

6. Dotyczy: umów nr ZOMUM/07/24/LR-18W i ZOMUM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r.

30.04.2024r. przeprowadzone kontrole wykazały niewłaściwe wykonanie prac na pętlach komunikacji miejskiej:

Dworzec Centralny - pielęgnacja krzewów nie została wykonana zgodnie ze standardami jakościowymi—zał. nr 2 pkt 7 do ww. umowy i zleceniem nr ZOM-TO.502.1.19.2024.MKU z dnia 11.04.2024r.

Augustów (Chudoby), Tarchomin Kościelny— mulczowanie korą krzewów nie została wykonana zgodnie ze standardami jakościowymi —zał. nr 2 pkt 10 do ww. umowy i zleceniem nr ZOM-TO.502.1.21.2024.MKU z dnia 22.04.2024r.

Zgodnie z par. 6 pkt 3b ww. umów naliczono kary umowne w wysokości:

Umowa nr ZOM/UM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. - 1000 zł,

Umowa nr ZOM/UM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. -400 zł

7.Dotyczy: umowy nr ZOM/UM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r,

08.04.2024r. kontrola wykazała niewłaściwe wykonanie prac na pętli komunikacji miejskiej Gocław. Sprzątanie terenów zieleni nie zostało wykonane zgodnie ze standardami jakościowymi — zał. nr 2 pkt 1 do ww. umowy.

Zgodnie z par. 6 pkt 3a umowy nr ZOM/UM/08/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. naliczono karę umowną w wysokości 400 zł.

8.Dotyczy: umowy nr ZOM/UM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r.

26.03.2024r. kontrola wykazała niewłaściwe wykonanie prac na pętlach komunikacji miejskiej Dworzec Centralny i Nowe Bemowo.

Pielęgnacja krzewów nie została wykonana zgodnie ze standardami jakościowymi —zał. nr 2 pkt 7 do ww. umowy. zleceniem nr ZOM-TO.502.1.5.2024.MKU z dnia 07.03.2024r

Zgodnie z par. 6 pkt 3b umowy nr ZOM/UM/07/24/LR-18W z dnia 29.02.2024r. naliczono karę umowną w wysokości 400 zł.

Zarząd Oczyszczania Miasta 18 marca 2024 r. poinformował, że zgodnie z par. 6 pkt 3f umów, wykonawca ma obowiązek przedstawić dokumenty potwierdzające zatrudnienie pracowników na umowę o pracę na warunkach określonych w pkt. 1.2 załącznika nr 5 do umowy. Nieprzedłożenie wymaganych umownie dokumentów, wiąże się z naliczeniem kary umownej w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Z uwagi na nieprzedłożenie ww. dokumentacji do dnia 15.03.2024r. /graniczny termin dostarczenia dokumentów/, zamawiający od dnia 16.03.2024r. rozpoczął naliczanie kary. Zgodnie z warunkami umowy, kara będzie naliczana do momentu spełnienia warunków określonych w załączniku nr 5 do przedmiotowych umów.

Z umowy nr ZOM/UM/08/24/LR-18W wynika, że była to umowa na prace na pętlach komunikacji miejskiej autobusowej i tramwajowej polegające na sprzątaniu oraz pielęgnacji zieleni niskiej i wysokiej. Wynagrodzenie określone w par. 5 ust. 1 wynosiło 220 989,12zł, zamawiający przewidział prawo odstąpienia w par. 10 ust. 4 lit. a jeśli suma kar umownych w jednym okresie rozliczeniowym przekroczy 20% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w par. 5 ust. 1.

Z protokołów jednostronnego odbioru wynika, że w dniach 03.06.2024, 02.04.2024, 06.05.2024 zamawiający stwierdził uchybienia w terminowości i standardzie wykonywania pracy, za co naliczono kary umowne.

Z umowy nr ZOM/UM/30/24/LR-18W wynika, że była to umowa na prace na pętlach komunikacji miejskiej autobusowej i tramwajowej polegające na sprzątaniu oraz pielęgnacji zieleni niskiej i wysokiej. Wynagrodzenie wynikające z załącznika do umowy to 140 369,24 zł brutto. Niestety umowa została przedłożona w stanie niekompletnym tj. brak par. 7 do 10, z tego względu nie można poczynić ustaleń, co do prawa odstąpienia.

Z uchwały nr 154/XVI/2019 Rady Miejskiej w Serocku z 27 listopada 2019 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Gminy Serock – Sekcja B1 wynika, że w par. 1 uchwalono taki plan, w par. 14 ust. 1 zakazano nowych inwestycji związanych z przedsięwzięciami mogącymi zawsze znacząco oddziaływać na środowisko. W ust. 3 zakazano instalacji służących do gospodarki niżej wymienionymi rodzajami odpadów, w tym w pkt. 1 komunalnych z zastrzeżeniem par. 29 ust. 1 pkt 2 lit. a, w pkt. 2 ulegających biodegradacji. W ust. 4 zakazano lokalizacji instalacji do unieszkodliwiania odpadów, w szczególności nowych składowisk odpadów oraz realizacji spalarni i kompostowni odpadów. Zgodnie z ust. 7 Zakaz z ust. 4 nie dotyczy zezwoleń na realizację takich obiektów i instalacji wydanych przed wejściem w życie tego planu. Zgodnie z par. 29 ust. 1 pkt 2 lit. a na terenach oznaczonych UP-4 ustala się przeznaczenie uzupełniające – budynki i urządzenia gospodarki odpadami związane wyłącznie ze zbieraniem odpadów z zastrzeżeniem par. 14, przy czym dopuszcza się zbieranie wyłącznie niżej wymienionych odpadów

- z tworzyw sztucznych, papieru, makulatury, metali, szkła bez odpadów niebezpiecznych,

- odpadów z drewna oznaczonych kodem 15 01 03, 17 02 01

- innych odpadów opakowaniowych nie zawierających substancji niebezpiecznych,

Przy czym to ograniczenie nie dotyczy zezwoleń uzyskanych przed wejściem w życie planu.

W załączeniu do uchwały znajduje się rozstrzygnięcie o sposobie rozpatrzenia uwag złożonych do projektu planu, gdzie w dwóch miejscach pojawia się działka 100/2 oznaczona jako UP-4, wnioskodawcami uwag były osoby o inicjałach M. i M.W. oraz M.W. wnioski te nie zostały uwzględnione, co uzasadniono, że przeprowadzone konsultacje wskazały na działanie ze względu na znaczną uciążliwość oraz rozwój zabudowy mieszkaniowej na sąsiednich terenach wymaga ograniczenia. Liczne kontrole właściwych organów wykazały regularne nieprawidłowości w prowadzeniu działalności gospodarczej co dodatkowo zwiększa kontrowersje związane z funkcjonowaniem zakładu. Zapisy planu ujednolicają strukturę funkcjonalną terenów przemysłowych czyniąc w ten sposób zadość wymaganiom studium (dotychczasowa funkcja O zostaje zastąpiona funkcją UP). Zapisy te ograniczają dopuszczalny sposób zagospodarowania nieruchomości w branży gospodarki odpadami, docelowo zachowując część działalności przedsiębiorcy, której wykonywanie nie będzie stanowiło ponadnormatywnych uciążliwości dla terenów sąsiednich.

KIO nie ma wątpliwości, że przedłożone przez odwołującego wyrok WSA w Warszawie z 19 listopada 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO II spółka akcyjna/Wa 1486/20 i wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2024 r. w sprawie II OSK 1015/21 dotyczą wyżej opisanych wniosków – uwag do uchwalonego planu zagospodarowania w Serocku, bowiem mimo anonimizacji da się ustalić następujące zbieżności – inicjały skarżącego i wnioskodawcy są te same - M.W. na str. 4, 8 uzasadnienia pojawia się wprost nazwa „Serock”, Sąd odnosi się do uchwały wydanej w listopadzie 2019, na str. 8 pojawia się stwierdzenie dotyczące poglądu skarżącego, że „(...) dla nieruchomości skarżącego i pomimo jego dotychczasowej działalności gospodarczej, przyjęto rozwiązanie starające się godzić w dotychczasowy profil działalności przedsiębiorstwa, z potrzebami ochrony interesu publicznego, wynikającymi z założeń przyświecających pracom nad nowym planem, o czym świadczy treść zapisów par. 29 ust. 1 planu ustalonych dla terenu funkcjonalnego UP-4, na str. 13 WSA cytuje treść uchwały, który jest zgodny z brzmieniem par. 29 ust. 1 pkt 2 uchwały nr 154/XVI/2019, czyni to również na str. 16 przytaczając także par. 14 ust. 4 uchwały, który odpowiada brzmieniu par. 14 ust. 4 uchwały 154/XVI/2019. Zdaniem KIO takie zbieżności pozwalają zidentyfikować orzeczenia jako zapadłe na gruncie sporu dotyczącego uchwały nr 154/XVI/2019 i dotyczyły działki 100/2.

Z ustaleń stanu faktycznego na stronie 9 wyroku WSA wynika, że uzyskane przez przedsiębiorcę zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami obowiązują do momentu upływu czasu na jaki zostało wydane tj. 2024. W tym czasie przedsiębiorca zachowuje posiadane prawa, a sam plan w nie ingeruje. Odmienne będzie jego sytuacja prawna w 2024 r. kiedy stanie przed koniecznością uzyskania nowego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie, które będzie musiało być zgodne z ustaleniami planu. KIO ustaliła, że pokrywa się to z datami wydania decyzji na zbieranie odpadów, które odwołujący przedstawił na podstawie BDO – decyzje z 2014 r.

Z rozstrzygnięcia NSA wynika, że skarga kasacyjna ze skargi M.W. na uchwałę Rady Miejskiej została oddalona.

Dowody odwołującego Remondis:

1. Kalkulacja ceny (rejon IV) – z której wynika, że odwołujący wyliczył koszty zatrudnienia pracowników z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2025 r. wraz z narzutami dla pracodawcy i z uwzględnieniem pracy w porze nocnej przy zatrudnieniu 14,48 etatu na kwotę 1 087 035,85 zł. wyliczył czasochłonność uwzględniając liczbę 1 albo 2 albo 3 pojazdów i ilość koszy do opróżnienia w rejonie i dochodząc do wniosku, że optymalne jest posłużenie się 3 pojazdami, wyliczył koszt urlopów na kwotę 100 776, 17 dokonując obliczeń z uwzględnieniem czy jest to kierowca, czy pracownik fizyczny, wyliczył koszt zakupu wkładów w ilości wynikającej z załącznika nr 2 za cenę 50 i 60 zł./wkład w zależności od pojemności w łącznej wartości 127 020zł., koszt utylizacji odpadów w cenie 770zł/Mg na kwotę 851 389,00zł, koszt utrzymania samochodów obejmujący amortyzację, ubezpieczenia, warsztat, GPS dla 2,5 samochodu na rok – 109 951,28zł., koszt zakupu paliwa przy cenie 5.05zł/l z uwzględnieniem zakładanej liczby kilometrów w skali umowy w rozbiciu na każdy pojazd i przy spalaniu 16,37l/100 km na łączną kwotę 150 148,62zł., inne koszty jak chorobowe, posiłki regeneracyjnej, ubrania, buty, pracownik kontrolnym wymiana wykładów, rękawiczki, worki, przedstawianie koszty w łącznej wartości 334 046, 27zł. oraz przedstawiając wyliczenia tych poszczególnych elementów. Łączny koszt świadczenia usługi odwołujący wyliczył na 2 980 807,76zł. i doszedł do wniosku, że oferta Area jest zaniżona na kwotę 676 007, 19zł.

2. Kalkulacja ceny (rejon V) – z której wynika, że odwołujący wyliczył koszty zatrudnienia pracowników z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2025 r. wraz z narzutami dla pracodawcy i z uwzględnieniem pracy w porze nocnej przy zatrudnieniu 13,04 etatu na kwotę 990 529,59 zł. wyliczył czasochłonność uwzględniając liczbę 1 albo 2 albo 3 pojazdów i ilość koszy do opróżnienia w rejonie i dochodząc do wniosku, że optymalne jest posłużenie się 3 pojazdami, wyliczył koszt urlopów na kwotę 90 754,23zł dokonując obliczeń z uwzględnieniem czy jest to kierowca, czy pracownik fizyczny, wyliczył koszt zakupu wkładów w ilości wynikającej z załącznika nr 2 za cenę 50 i 60 zł./wkład w zależności od pojemności w łącznej wartości 111 130 zł., koszt utylizacji odpadów w cenie 770zł/Mg na kwotę 469 961,80zł, koszt utrzymania samochodów obejmujący amortyzację, ubezpieczenia, warsztat, GPS dla 2,25 samochodu na rok – 98 632,15zł, koszt zakupu paliwa przy cenie 5.05zł/l z uwzględnieniem zakładanej liczby kilometrów w skali umowy w rozbiciu na każdy pojazd i przy spalaniu 16,37l/100 km na łączną kwotę 129 792,93zł, inne koszty jak chorobowe, posiłki regeneracyjnej, ubrania, buty, pracownik kontrolnym wymiana wykładów, rękawiczki, worki, przedstawianie koszty w łącznej wartości 310 855,77zł oraz przedstawiając wyliczenia tych poszczególnych elementów. Łączny koszt świadczenia usługi odwołujący wyliczył na 2 377 788,98zł i doszedł do wniosku, że oferta Area jest zaniżona na kwotę 257 123,57zł.

3. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. z którego wynika, że minimalne wynagrodzenie za pracę określono na 4 666,00zł, a minimalną stawkę godzinową na 30,50 zł.

4. Wydruk z kalkulatora wynagrodzeń wygenerowanego ze strony internetowej Sedlak& Sedlak – spółki doradczej z zakresu HR (<https://sedlak.pl/kalkulator-wynagrodzen>) – z którego wynika, że przy wynagrodzeniu brutto w wysokości 4 666,00 zł kwota netto to 3510,92 zł natomiast koszt dla pracodawcy to 5 621,60zł.;

- 5.Faktura VAT 87/2024 na okoliczność cen wkładów o pojemności 50 i 55 litrów – z której wynika, że koszt netto dla tych wkładów to odpowiednio 50 i 60zł.;
- 6.Pismo z dnia 11 września 2024 r. od BYŚ Recykling z którego wynika, że koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych (odpady o kodzie 20 03 01)w tej instalacji wynosi 910zł/Mg
- 7.Pismo z dnia 13 września 2024 r. od Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie z którego wynika, że koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych (odpady o kodzie 20 03 01) wynosi 910zł/Mg
- 8.Wyciąg z archiwum cen publikowanego przez Orlen za okres od 1 sierpnia 2023 r. do 27 lipca 2024 r., z którego wynika, że średnia cena paliwa wynosiła 5,05 zł/l
- 9.Zestawienie ilości zużytego paliwa i ilości przejechanych kilometrów przez jeden pojazd wykorzystywany do świadczenia usługi w obrębie rejonu V (nr rejestracyjny pojazdu WE 681NU) z którego wynika, że pojazd ten w miesiącu czerwcu 2024 przejechał 5 817 km spalił 951,910, a łączny koszt to 4 473, 1782;
- 10.Zestawienie ilości zużytego paliwa i ilości przejechanych kilometrów przez jeden pojazd wykorzystywany do świadczenia usługi w obrębie rejonu IV (nr rejestracyjny pojazdu WE 7A014) z którego wynika, że pojazd przejechał w czerwcu 2024 6030 km, spalił 991,080 l i wygenerował koszt 4 660,4656;
- 11.Faktura nr 746/2024 na okoliczność kosztów zakupu wody mineralnej dla pracowników, z której wynika, że koszt zakupu wody Cisowianka 1,5l to 1,95zł, a Żywca 12 x 500 ml to 27,36zł;
- 12.Zestawienie cen odzieży ochronnej dla pracowników na okoliczność wykazania kosztów zakupu odzieży ochronnej dla pracowników na sezon letni i zimowy, z której wynika, że koszt zakupu: bluzy letniej Hi-vis Bluza Embu prod. Magot wynosi 155,60zł, T-shirt ostrzegawczy TSRA 170 – 35,50zł., kpl przeciwdeszczowy – kpl Rainer – reis 80zł, kurtka zimowa hi-vis antystatyczna kurtka ¾ + ocieplacza WZ. Remondis prod. Magot – 415 zł, ogrodniczki ocieplane prod. Magot 250zł, czapka ocieplana Czapka CZBAW 19,71zł, trzewiki Bctitanblue – 98,75zł
- 13.Faktura nr 212/07/2024 na okoliczność wykazania kosztów zakupu worków, z której wynika, że koszt zakupu worków 120l żółtych to 0,25zł.
- 14.Faktura 69/06/2024 na okoliczność wykazania kosztów zakupu rękawic, z której wynika, że koszt zakupu rękawic to 7,14zł. za parę
- 15.Wiadomości e-mail z dnia 8 lutego 2024 r. z którego wynika, że zlecono wymianę 52 wkładów w rejonie IV, a 59 w rejonie V, 8 sierpnia 2024 r. z którego wynika, że zlecono wymianę 56 wkładów w rejonie IV, a 46 w rejonie V oraz 11 lipca 2024 r. z którego wynika, że zlecono wymianę 149 wkładów w rejonie IV, a 63 w rejonie V.
- Wnioski dowodowe w związku z zarzutem dotyczącym błędnej oceny przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez Area samooczyszczenia:
- 1Trzy fotografie wykonane w dniu 14 października 2024 r. obrazujące pojazdy i urządzenia/ kontenery zaparkowane na nieruchomości położonej na ul. Mławskiej 6 w Warszawie, która wykorzystywana jest przez Area i Pana Daniela Mroza jako baza transportowa, na której to fotografii widoczne są pojazdy należące zarówno do Area, jak i Pana Daniela Mroza;
- z których nie wynika adres nieruchomości, na pierwszym zdjęciu jest kontener w kolorze pomarańczowym oznakowany Area i MB METBUD sp. z o.o. Gończyce, na drugim zdjęcie zbiornik oznaczony Firma Usługowa Daniel Mróz, na trzecim widać ogrodzoną działkę gruntu niezabudowaną, na której znajdują się maszyny typu traktor, spychacz, beczki, pojemniki, zbiorniki, w tym zbiornik przypominający zbiornik sfotografowany na zdjęciu 2 i trzy kontenery przypominające kontenery sfotografowane na zdjęciu 1 posiadające oznaczenia Area.
- Nagranie video wykonane w dniu 14 października 2024 r. obrazujące pojazdy i urządzenia/ kontenery zaparkowane na nieruchomości, wedle twierdzenia odwołującego położonej na ul. Mławskiej 6 w Warszawie, której jednak lokalizacji nie można ustalić na nagraniu, jest to nagranie przedstawiające działkę sfotografowaną na zdjęciu 3, z wykonanych zbliżeń wynika, że na tej działce znajdują się kontenery oznakowane Area i zbiornik oznakowany Firma Usługowa Daniel Mróz.
- Dowody odwołującego POLSUPER:
- Aneks nr 6/2024 z 26 czerwca 2024 r. do umowy nr 278458 na przyjmowanie odpadów zawartej w Warszawie 29 października 2024 r. pomiędzy Remondis i POLSUPER – z aneksu wynika, że koszt niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych 20 03 01 wynosi od 1 lipca 2024 – 770 zł/Mg
- Z mejla Iwony Radomskiej z firmy Byś Recykling do prezesa POLSUPER z 10 października 2024 r. wynika, że koszt zagospodarowania odpadów 200301 w tej instalacji wynosi 950zł/Mg netto.
- Z godzin opróżnień wynika, że w rejonie II do godziny 7:00 należy opróżnić 2526 szt, a między 8:00-10:00 -33, 12:00 – 70, 14:00 – 208, 16:00 – 304, 18:00 – 208, 20:00 – 73, czyli w ciągu dnia 896 szt.
- Z zestawienia koszt opróżniania wynika, że odwołujący przyjął następujące założenia:
- wykonanie zamówienia 3 pojazdami,
 - 6 pracowników na zmianę nocną – 2 pracowników na pojazd x 3 pojazdy
 - 4 pracowników na zmianę dzienną – 2 pracowników na pojazd x 2 pojazdy
 - średnia waga odpadów w koszu 1 kg

- ilość opróżnień średniomiesięcznie 105 997,
- waga odpadów 105,56/ 1m-c
- koszt zagospodarowania odpadu – 81 3279,28 /1 m-c
- koszt zatrudnienia pracownika – 6 575,55/1 m-c,
- koszt zatrudnienia w przypadku wypłaty nadgodzin – 9 672, 63zł/ 1 m-c
- koszt urlopów i chorobowego (20%) – 1 934, 53zł/1 m-c

Łączny koszt świadczenia usługi 2 368 209, 49 zł., koszt opróżnienia 1 kosza 1,86

KIO oceniając ten dowód wzięła po uwagę zastrzeżenia podniesione przez zamawiającego, co do kosztu z nadgodzinami. Izba oceniła ten dowód jako nie rozstrzygający dla sprawy, bowiem z jednej strony odwołujący wskazał, że wynagrodzenie powinno uwzględniać koszt nadgodzin, z drugiej nie wskazał dlaczego uważa, że nie ma możliwości przyjęcia takiej organizacji pracy, która nie prowadziłaby do powstania nadgodzin. Sam odwołujący w założeniach do kalkulacji nie wskazał na podstawie czego przyjął, że będzie zobowiązany do wypłaty nadgodzin, a przeciwnie w toku swojej wypowiedzi wskazał, że optymalne jest poróżnianie 700-800 koszy w ciągu 8h czasu pracy. Biorąc pod uwagę, że za pracę w godzinach nocnych przyjmuje się zgodnie z art. 151 (7) kp pracę 8 godzin w godzinach 21-7, to akurat odpowiada to czasowi opróżniania koszy w okresie do godz. 7:00, a ilość 2526 podzielona na 3 pojazdy wynosi 842 kosze, zatem jedynie nieznacznie przekraczając normę jaką sam odwołujący podał jako możliwą do wykonania w 8 godzinnym czasie pracy. Jeśli nie uwzględnić w wyliczeniach odwołującego wynagrodzenia z nadgodzinami, to cena wyliczona na podstawie przedstawionej kalkulacji wynosiłaby 1 996 559, 70zł, a więc poniżej kwoty zaoferowanej przez CT Piotr Purchała – 2 225 938,75zł, co oznacza, że dowód nie dowodzi, że zaoferowana przez przystępującego cena jest ceną rażąco niską. Z tego względu Izba oceniła dowód jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia.

Dowód CT Piotr Purchała:

Umowa ZOM/UM/40/24/LR-ZR-117W z 20 sierpnia 2024 r. dotyczy wykonania prac na dzielnicy Mokotów w zakresie:

- a)Zimowego oczyszczania chodników i miejsc parkingowych,
- b)Letniego oczyszczania chodników i miejsc parkingowych,
- c)Zimowego oczyszczania przystanków,
- d)Letniego oczyszczania przystanków,
- e)Zimowego oczyszczania dróg dla rowerów,
- f)Zbierania zanieczyszczeń z głównych ciągów komunikacyjnych
- g)Doraźnego oczyszczania,
- h)Interwencyjnego oczyszczania,
- i)Doraźnego odśnieżania wraz z posypywaniem wskazanych powierzchni,
- j)Wywozu śniegu uprzątniętego z chodników i innych elementów drogi,
- k)Wywozu zanieczyszczeń.

Umowa ma być wykonywana w okresie 1 października 2024 – 30 września 2024 r.

Z umowy tej wynika, że zamawiający wymaga zezwolenia na transport odpadów o kodzie 20 03 03, natomiast nie wymaga przekazania odpadów do zagospodarowania podmiotowi świadczącemu taką usługę zgodnie z ustawą o odpadach.

Dowody:

KIO oparła się na dowodach gromadzonych w sprawie tj. dokumentacji zamówienia przekazanej przez zamawiającego, dowodach złożonych przez odwołujących i przystępujących. Ocena przydatności dowodu zostało dokonane przy dokonywaniu na podstawie dowodu ustaleń faktycznych.

Rozważania KIO w KIO 3549/24

Na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz zarzut dokonania wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu (art. 239 ust. 1 i 2 oraz 16 pkt 1 ustawy), pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO wskazuje, że ustawodawca zdefiniował pojęcie warunków zamówienia w pkt. 29 art. 7 ustawy. Z tego przepisu wynika, że warunkami zamówienia są wymagania związane z realizacją zamówienia oraz wymagania projektowanych postanowień umowy. Pomiędzy stronami nie było sporne, że zamawiający w par 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy wprost „W zakresie zagospodarowania odpadów Wykonawca postępować będzie zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a w szczególności posługiwać się będzie przy gospodarowaniu odpadami podmiotami spełniającymi warunki określone ww. ustawą.”, co oznacza, że wymaganie to z chwilą jego wprowadzenia do projektu umowy stało się warunkiem zamówienia. Zamawiający nie zaprzeczał, że oczekuje od wykonawców, że będą świadczyć usługę, w tym zagospodarowywać odpady zgodnie z ustawą o odpadach. Z tego względu nieprawidłowe jest stanowisko zamawiającego, że może weryfikować wykonanie tego warunku dopiero na etapie realizacji umowy. Ustawodawca nie ograniczył warunków zamówienia do opisu przedmiotu zamówienia, jak chciałby tego obecnie

zamawiający, ale jednoznacznie wskazał, że warunkami są także projektowane postanowienia umowne. Co więcej same wyjaśnienia Józefa Jankowskiego świadczą o tym, że jego wolą i zamiarem było zrealizowanie zamówienia przy wykorzystaniu firmy pana Marka Włodarczyka. KIO zwróciła uwagę na następujące oświadczenia wynikające z wyjaśnień:

„W odniesieniu do powierzenia wykonania usług utylizacji odpadów przewidziano wykonanie tych świadczeń przez podmiot posiadający stosowne uprawnienia (w załączniku umowa).

W celu wykazania realności i rynkowego poziomu przyjętej wyceny Wykonawca składa w charakterze dowodu Umowę zawartą z firmą utylizującą odpady.

Złożony kosztorys prezentuje założenia kalkulacyjne, a dowód w postaci umowy potwierdza przyjęty przez Wykonawcę dla wyceny realny koszt utylizacji odpadów w tym zakładane ilości oraz cenę za 1 tonę zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego zawartym w treści wezwania do wyjaśnień ceny.”

Z tych oświadczeń wynika, że przystępujący był przekonany, że może zrealizować przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymaganiami SWZ przy wykorzystaniu firmy pana Włodarczyka i taki sposób realizacji zamówienia uczynił przedmiotem swojej oferty, a w konsekwencji wycenił.

Dowody przedstawione przez przystępującego Józefa Jankowskiego przy wyjaśnieniach tj. umowa z Markiem Włodarczykiem wskazują, że przystępujący przewidział wykonanie umowy w ten sposób, że przekaze Markowi Włodarczykowi do zagospodarowania odpady o kodzie 20 03 01 do miejscowości Dębie, działka 100/2. Z umowy z jednej strony wynika, że strony są zobowiązane do przestrzegania przepisów prawa w zakresie gospodarki odpadami (par. 3 ust. 7), a z drugiej, że na teren spółki Marka Włodarczyka nie wolno wozić odpadów, o kodzie na którego przyjęcie spółka nie posiada aktualnej decyzji organu wydającego. Umowa ta zatem sama w sobie zawiera potrzebę ustalenia jakie uprawnienia faktycznie posiada pan Włodarczyk. Z jednej strony bowiem składa oświadczenia o do zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 01, ale z drugiej w żadnym z postanowień tej umowy nie ma wskazania, że pan Włodarczyk te odpady przetwarza. Z definicji gospodarowania odpadami w ustawie o odpadach wynika, że obejmuje ono zbieranie, transport lub przetwarzanie odpadów, w tym sortowanie, wraz z nadzorem nad wymienionymi działaniami, a także późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami. Tym samym to, że pan Marek Włodarczyk zobowiązał się do przyjmowania tych odpadów, nie oznacza jeszcze, że zobowiązał się je zagospodarować, czyli przetworzyć.

Rację należy przyznać odwołującemu, że ustawodawca rozróżnia zbieranie odpadów, magazynowanie odpadów i przetwarzanie odpadów. Wskazać tu należy na:

art. 3 pkt. 5 ustawy o odpadach, gdzie zdefiniowano magazynowanie odpadów – przez które rozumie się czasowe przechowywanie odpadów obejmujące:

- a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę,
- b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów,
- c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów;

i art. 3 pkt 34) zbieranie odpadów – przez które rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b.

Ustawodawca rozróżnia też zezwolenia na :

- zbieranie odpadów,
- przetwarzanie odpadów i
- zbieranie i przetwarzanie odpadów.

Nie jest zatem tak, że podmiot posiadający uprawnienia do zbierania odpadów, a nie posiadający uprawnień do przetwarzania odpadów, może przyjąć odpady do zagospodarowania.

W ocenie Izby odwołujący wykazał, że Marek Włodarczyk nie dysponuje zezwoleniem na przetwarzanie odpadów ani zezwoleniem zintegrowanym, co wynika z wydruku z bazy BDO złożonego w tej sprawie – z opisu tych dokumentów w bazie wynika jednoznacznie, że wydane zostały decyzje na zbieranie odpadów. Potwierdza to również wydruk ze strony internetowej Marka Włodarczyka, na którym zamieścił on decyzje na zbieranie odpadów, decyzje na transport i wpisy do działalności regulowanej na odbiór odpadów w Legionowie i Serocku. Natomiast sam Marek Włodarczyk mimo skrupulatności w zamieszczaniu na stronie informacji o posiadanych decyzjach nie zamieścił tam decyzji zezwalającej na przetworzenie odpadów. Z kolei z uchwały nr 154/XVI/2019 dotyczącej przyjęcia planu zagospodarowania dla Serocka – sekcja B1, a przede wszystkim z rozpoznania wniosku (zastrzeżenia do tego planu) dotyczącego działki 100/2 wynika, że Marek Włodarczyk może wykonywać działalność w dotychczasowym zakresie do czasu wygaśnięcia posiadanych przez niego zezwoleń. Potwierdzają to również ustalenia Rady Miejskiej Serocka przytoczone w uzasadnieniu wyroku WSA w Warszawie, II SA/Wa 1486/20, w których organ także potwierdza posiadanie zezwoleń na zbieranie odpadów wydanych w 2014 r.

Przystępujący w JEDZu oświadczył, że samodzielnie wykona przedmiot zamówienia, a zatem będzie wytwarzał odpady z mocy umowy i transportował je do miejsca przetworzenia, potwierdził to również w wyjaśnieniach zamieszczając link do bazy BDO w zakresie własnego zezwolenia na transport. Przystępujący nie przedstawił kontr dowodu dla odparcia twierdzeń odwołującego, że Marek Włodarczyk nie posiada uprawnień do przetwarzania odpadów, w szczególności nie posłużył stosowną decyzją wydaną dla Pana Marka Włodarczyka. Przystępujący polemizował jedynie z wykładnią art. 23 ust. 2 pkt 5 w związku z ust. 10 ustawy o odpadach poczynioną przez odwołującego.

W ocenie KIO, nie jest to jednak wystarczające dla odparcia zarzutów odwołującego, bo z par. 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy w tym postępowaniu wynika, że zamawiający nie przewidział możliwości powierzenia wytworzonych odpadów innemu podmiotowi, niż podmiot przetwarzający odpady. Zamawiający oczekiwał przekazania do zagospodarowania, a nie przekazania do tymczasowego zmagazynowania. Zatem niezależnie od twierdzeń przystępującego, co do możliwości korzystnej dla przystępującego interpretacji art. 23 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 23 ust. 10 ustawy, zamawiający w tym postępowaniu wykluczył możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej, czy też możliwość przekazania odpadów innemu podmiotowi zbierającemu odpady do ostatecznego przekazania przetwarzania odpadów. KIO dostrzegła, że wymóg takiego postępowania nie jest wymogiem stosowanym przez zamawiającego w każdym przypadku, gdy przedmiot umowy obejmuje wywóz odpadów. KIO zwróciła uwagę, że w umowie ZOM/UM/40/24/LR-ZR-117W przedstawionej przez CT Piotr Purchała mimo podobnego wymogu posiadania przez wykonawcę zezwolenia na transport i objęcia przedmiotem wywozu zanieczyszczeń, to zamawiający nie nakazał wykonawcom bezpośredniego przekazania odpadów do przetworzenia. Zatem w ocenie KIO wymóg ten miał w tym postępowaniu dla zamawiającego istotne znaczenie.

Faktycznie zamawiający nie oczekiwał podania instalacji komunalnej w treści oferty, ani sam jej nie narzucił w treści SWZ, nie mniej jednak postawił wymóg przekazania odpadów do zagospodarowania, tym samym określając, że z gospodarowania odpadem wyklucza możliwość jego magazynowania, zatem w sytuacji, gdy wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia w inny niż dopuszczony sposób, zamawiający nie mógł czekać do momentu wykonania zamówienia w sposób niezgodny z umową, ale powinien w ogóle nie dopuścić do zawarcia umowy z wykonawcą zamierzającym wykonać zamówienie niezgodnie z jego warunkami. Możliwość ustalenia treści oferty na podstawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i badania jej zgodności przez pryzmat warunków zamówienia potwierdza też Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 9 lutego 2023 r. sygn. XXIII Zs 158/22. Z tego względu KIO uwzględniła zarzut i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Konsekwencją takiego rozstrzygnięcia było zatem uznanie wyboru oferty najkorzystniejszej za nieprawidłowy i niezgodny z ustawą, bowiem wybrano ofertę, która powinna podlegać odrzuceniu, dlatego Izba uwzględniła również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1i 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, to w ocenie Izby zarzut ten jest nietrafny, o tyle, że jak sam słusznie odwołujący podnosił na rozprawie dotyczy wyjaśnień złożonych co do treści oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z art. 224 ust. 1 ustawy wynika, że przedmiotem wyjaśnień jest cena oferty, ale odnoszona do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Jeśli wykonawca wyliczył cenę za przedmiot, który nie jest tożsamy z przedmiotem opisanym przez zamawiającego w warunkach zamówienia, to trudno jest dokonać oceny takich wyjaśnień zgodnie z dyrektywą z art. 224 ust. 1 ustawy. Trudno też powiedzieć, że wyjaśnienia w części dotyczącej zagospodarowania odpadów nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, bo przystępujący wprost w wyjaśnieniach potwierdza, że przekaże odpady do pana Marka Włodarczyka, ale to nie jest sposób wykonania zamówienia określony przez zamawiającego w umowie. Nie jest to jednak w ocenie KIO podstawa do odrzucenia oferty jako oferty z rażąco niską ceną, ale jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Jak bowiem podnosiły strony na rozprawie koszt zagospodarowania odpadów to koszt istotny wykonania tego zamówienia sięgający 40-50% całości kosztów zamówienia, a co do niego przystępujący popełnił błąd nie kalkulacyjny, ale przedmiotowy. Z tego względu KIO nie uwzględniła postawionego zarzutu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu jej złożenia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w ocenie KIO nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący upatrywał znamion czynu w fakcie utraty rzetelności wykonawcy w skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umów na rzecz zamawiającego oraz wprowadzenia zamawiającego w błąd co do możliwości wykonania umowy zgodnie z przepisami ustawy o odpadach, podczas gdy przekazanie odpadów do Zakładu Kształtowania Terenów Zielonych Marek Włodarczyk w Dębem działka 100/2 narusza przepisy ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Bezspornym pomiędzy stronami był fakt, że zamawiający nie przewidział fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz 8 lub 10 ustawy. Odwołujący ma rację, co do tego, że brak zastrzeżenia przesłanek fakultatywnych wykluczenia nie zwalnia zamawiającego z oceny, czy złożenie w danym stanie faktycznym

oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem jest to przesłanka obligatoryjna odrzucenia oferty wynikająca z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 30 kwietnia 2024 r. sygn. XXIII Zs 19/24 oraz w wyroku z 24 maja 2024 r. sygn. XXIII Zs 43/24 w sposób kompleksowy wyjaśnił jak należy rozumieć czyn nieuczciwej konkurencji, jakie przesłanki muszą być spełnione dla jego wykazania, oraz czy istotą czynu jest umyślne zachowanie wykonawcy. W ocenie KIO ani w przypadku posłużenia się umową z panem Markiem Włodarczykiem, ani w przypadku rozwiązania umowy ZOM/UM/08/24/ZL-18W i naliczenia kar umownych z umów ZOM/UM/07/24/ZL-18W, ZOM/UM/08/24/ZL-18W, ZOM/UM/30/24/ZL-18W nie można uznać, że przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli chodzi o umowę z panem Markiem Włodarczykiem, to została ona zamawiającemu przedstawiona, przystępujący nie tał faktu jej zawarcia, treści postanowień tej umowy, nie ukrywał faktu, że zamierza z tej umowy skorzystać. Zamawiający zatem nie był wprowadzony w błąd, co do tego, jak przystępujący zamierza wykonać to zamówienie. Co więcej przystępujący wykazał zgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym, że sam posiada uprawnienia w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotowej umowy w postaci zezwolenia na transport. Natomiast, to postanowienia umowy, w zakresie oświadczeń pana Marka Włodarczyka mogły wprowadzać w błąd tak przystępującego, jak i zamawiającego, bo to pan Marek Włodarczyk z jednej strony oświadczył, że posiada uprawnienia do przyjmowania odpadu o kodzie 20 03 01, ale nie oświadczał, że posiada uprawnienia do zagospodarowania takiego odpadu, ale w załączniku nr 1 do umowy zawarł sformułowanie mogące sugerować, że wskazana tym załączniku cena obejmuje przetwarzanie odpadu. Załącznik nr 1 podpisał wyłącznie pan Włodarczyk. Do umowy nie były załączone stosowne zezwolenia, które uprawdopodobniałyby możliwość utylizacji odpadów (jak nazywa zagospodarowanie odpadów w wyjaśnieniach przystępujący). W ocenie KIO przystępujący był przekonany, że pan Włodarczyk ma uprawnienia do przetwarzania odpadów, a dopiero po zapoznaniu się z okolicznościami przedstawionymi w odwołaniu zaczął wywodzić, że możliwe jest wykonanie zamówienia z wykorzystaniem stacji przeładunkowej, bo zamawiający tego nie zakazał. Z wyjaśnień wprost wynika, że przystępujący miał zamiar przekazywać panu Włodarczykowi odpady do utylizacji (zagospodarowania) a nie do tymczasowego magazynowania i dalszego przekazania odpadów do przetworzenia. W ocenie KIO nie przedstawiono przekonujących dowodów na to, że przystępujący w celu pozyskania zamówienia posłużył się umową z panem Włodarczykiem w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego i pozyskania zamówienia kosztem konkurencji. Z materiału zgromadzonego w sprawie wynika raczej, że przystępujący był przekonany, że zawarta umowa doprowadzi nie tylko do przyjęcia odpadów, ale do ich przetworzenia. To, że Pan Włodarczyk składa oświadczenia o posiadaniu zezwoleń na przetwarzanie odpadów potwierdza również załącznik nr 4 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożony przez wykonawcę Area. W tym miejscu warto dostrzec, że orzecznictwo TSUE nie przewiduje możliwości rozciągania negatywnych sankcji za wprowadzenie w błąd na wykonawców działających w tej samej grupie, którzy nie wiedzieli, o tym wprowadzeniu w błąd przez jednego z nich – orzeczenie z 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras. Tym bardziej zatem w sytuacji, gdy podmiot zewnętrzny stwarza wrażenie, że spełnia wymagania, o czym wykonawca nie wie, wykonawca ten nie może być w ocenie KIO obciążany negatywnymi konsekwencjami nielojalnego zachowania tego podmiotu. A tego, że przystępujący wiedział o braku zezwolenia na przetwarzanie, lub zezwolenia zintegrowanego dla Marka Włodarczyka, w ocenie KIO nie wykazano. Z tego względu skoro czynu nieuczciwej konkurencji nie dało się przypisać przystępującemu, to nie można go było z tego względu wyeliminować z postępowania.

Co do braku rzetelności przystępującego w realizacji wcześniejszych zamówień na rzecz zamawiającego, to KIO oceniła, że w tym przypadku także nie można przypisać przystępującemu znamion działania w czynie nieuczciwej konkurencji. Powody, takiego stanowiska KIO są następujące:

- przedmiotem umów na podstawie, których naliczono kary umowne, a w przypadku jednej odstąpiono od umowy - były prace na pętlach komunikacji miejskiej autobusowej i tramwajowej polegające na sprzątaniu oraz pielęgnacji zieleni niskiej i wysokiej, zatem nie było to nienależyte wykonanie umowy na opróżnianie i przenoszenie koszy,
- nie wykazano, że naliczone kary miały charakter odszkodowawczy, a nie porządkowy czy dyscyplinujący, przeciwnie z opisu podstaw naliczenia kar, jak i protokołów jednostronnego odbioru wynika, że były to kary za nieterminowe wykonanie usług, obniżoną jakość usług, czy nieprzedłożenie dokumentów dotyczących zatrudnienia na umowę o pracę, a więc raczej były to kary o charakterze dyscyplinującym, nie ma dowodu na to, że zamawiający poniósł szkodę, a niedociągnięcia nie zostały poprawione w toku późniejszej realizacji usługi, nie ma też dowodu na występowanie przeciw prawom pracowniczym i zaniechanie zatrudniania na umowę o pracę,
- odstąpienie od umowy nie było wynikiem stwierdzenia przez zamawiającego nienależytego wykonania umów, ale osiągnięcia przez wykonawcę w danym miesiącu określonego poziomu kar umownych, przy czym tu można mieć wątpliwość, czy zamawiający prawidłowo zastosował powołany jako podstawa odstąpienia par. 10 ust. 4 lit a umowy, bowiem zamawiający wyliczył poziom uprawniający do odstąpienia na podstawie wynagrodzenia należnego za jeden okres rozliczeniowy - zamawiający zlecił prac o wartości 18 847,56 zł, czyli w jego ocenie próg odstąpienia wyniósł 3 769,51 zł., a w tym okresie naliczył Józefowi Jankowskiemu karę 6 600 zł. Natomiast par. 10 ust. 4 lit. a umowy

stanowi, że zamawiającemu służy prawo odstąpienia gdy suma kar umownych w 1 okresie rozliczeniowym przekroczy 20% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w par. 5 ust. 1 umowy. W par. 5 ust. 1 określono wynagrodzenie na kwotę 220 989, 12 zł, a więc 20% to 44 197, 82zł. Co więcej w tym paragrafie nie ma mowy o wartości zleceń za jeden okres rozliczeniowy. Tym samym przedstawione przez odwołującego pismo o odstąpieniu od umowy nie daje się zakwalifikować jako przesądzające o nierzetelnym wykonaniu umów przez przystępującego.

- w ocenie KIO sam fakt naliczenia kar umownych, a nawet odstąpienie od umowy przez zamawiającego nie świadczą w sposób jednoznaczny, że dany wykonawca jest wykonawcą nierzetelnym. Istotny jest charakter nałożonych kar, a także powód odstąpienia od umowy – który w tym przypadku był powodem czysto rachunkowym, a nie wyrazem niezadowolenia zamawiającego ze sposobu świadczenia usługi.

- kolejnym argumentem przemawiającym za brakiem możliwości stwierdzenia nierzetelności przystępującego powodującym zaburzenie konkurencyjności postępowania, jest fakt, że przy przesłankach fakultatywnych zamawiający jest zobowiązany ocenić czy w danym stanie faktycznym wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. KIO stoi na stanowisku, że w tym przypadku również możliwość popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji należy ocenić przez pryzmat tego, czy naliczone kary i odstąpienie od umowy świadczą o istotnym poziomie nierzetelności wykonawcy powodującym, że konkurowanie przez niego z innymi wykonawcami zaburza konkurencję.

Zdaniem KIO, w tej sprawie tak nie jest. Wykazane uchybienia nie dotyczą usług opróżniania koszy, a więc nie wskazują w żaden sposób, że przystępujący w przeszłości nierzetelnie wykonywał usługę zbliżoną do przedmiotu zamówienia, nie dotyczą kar umownych o charakterze odszkodowawczym, a kar dyscyplinujących, odstąpienie nie jest związane z wykazaniem znacznego niewykonania umowy, rażącego naruszenia obowiązków zawodowych, poziom naliczonych kar w stosunku do wartości całej umowy, także nie jest wysoki.

Z tych wszystkich względów KIO uznało zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy za niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnienie postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego i koszty dojazdu odwołującego. Z czterech zarzutów odwołania potwierdziły się dwa zarzuty, zatem koszty odwołującego w połowie okazały się zasadne i w takim zakresie konieczne okazało się nakazanie zamawiającemu ich zwrotu odwołującemu.

Rozstrzygnięcie KIO w sprawie KIO 3573/24

KIO uznała, że na uwzględnienie zasługuje zarzut podstawowy zaniechania objaśnienia wyjaśnień ceny rażąco niskiej przystępującego AREA, natomiast nie zasługuje na uwzględnienie drugi zarzut podstawowy czyli zaniechanie wykluczenia oferty AREA mimo nieskutecznego samoocyszczenia. Skoro KIO uwzględniła zarzut podstawowy zaniechania objaśnienia wyjaśnień ceny oferty AREA, to nie dokonała rozstrzygnięcia o zarzucie ewentualnym zaniechania odrzucenia oferty jako oferty z rażąco niską ceną. Co do możliwości odstąpienia od rozpoznania zarzutu ewentualnego w sytuacji uwzględniania zarzutu podstawowego KIO w całości popiera i uznaje za własne stanowisko zajęte przez Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie wyrażone w wyroku z 26 października 2023 r. sygn. XXIII Zs 57/23.

Przechodząc do wyjaśnienia powodów uznania zarzutu podstawowego naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy przez zaniechanie objaśnienia wyjaśnień ceny rażąco niskiej w całości KIO w pierwszej kolejności przywoła wytyczne Sądu Zamówień Publicznych – Sądu Okręgowego w Warszawie, które Sąd przekazał KIO w drodze kontroli instancyjnej w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r. sygn. XXIII Zs 133/21, a następnie w szeregach orzeczeń dotyczących zagadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa konsekwentnie podtrzymywał jak choćby w wyroku z 16 października 2023 r. sygn. XXIII Zs 57/23, z 11 sierpnia 2023 r. sygn. XXIII Zs 59/23, czy z 24 listopada 2023 r. sygn. XXIII Zs 102/23.

Sąd zwrócił uwagę na:

„Zagadnienie dopuszczalności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym podstaw skutecznego jej zastrzeżenia, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. było przedmiotem szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów Okręgowych jak i Sądu Najwyższego oraz wypowiedzi doktryny. Poniżej, skrótowo przedstawiona zostanie zatem jedynie rekapitulacja dotychczasowego dorobku zarówno judykatury jak i doktryny w tym zakresie, ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako fundamentalna zasada tego postępowania wprost wyrażona została w art. 8 ust. 1 — 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Zgodnie z tymi przepisami postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (ust. 1); zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust.

2); zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych w toku postępowania (ust. 2a). Przy czym wykładnia tego przepisu powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Uwypuklić zatem należy (co dostrzegła również Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie wyciągając z tego jednak właściwych wniosków), że wszelkie wyłączenia, czy choćby ograniczenia jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosowane i dopuszczane powinny być bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania, czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci. W sposób jasny i jednoznaczny dał temu wyraz ustawodawca wprowadzając ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych zmianę art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. W uzasadnieniu do poselskiego projektu tej ustawy (druk sejmowy nr 1653, Sejm RP VII kadencji) wyjaśniając przyczyny zmiany art. 8 ust. 3 wskazano, że „Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości.

Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w Praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych. Zdaniem Sądu Okręgowego przytoczony fragment uzasadnienia powinien stanowić ważną wskazówkę interpretacyjną przy wykładni art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. wprowadzającego odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Otóż zasadniczy wyjątek, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pozwalający na odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidziany został w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Zgodnie z tym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. W art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) wskazano, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miały być wystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie

(uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy głośnie zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków. Inne pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośnie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Pogląd ten jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie „wartości gospodarczej” może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. W konsekwencji przyjąć trzeba, że nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest czy niska, ważne jest aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Kierując się powyższymi założeniami zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny, czy istniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie. W dalszej kolejności w oparciu o te same założenia kontrola skuteczności zastrzeżenia powinna być dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznając ewentualne odwołanie w tym przedmiocie. W niniejszej sprawie tego jednak całkowicie zabrakło. Izba oddalając odwołanie w zakresie części zarzutu 1 i odmawiając odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem nie wyjaśniła w istocie podstaw swojego rozstrzygnięcia. W nader skrótownym i sztamkowym uzasadnieniu tej części wyroku Izba przedstawiła nie tyle własne stanowisko, co powtórzyła ogólne i typowe argumenty przedstawione przez przystępującego na poparcie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, oderwane od przedmiotu i okoliczności rozpoznawanej sprawy, a przede wszystkim treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Taki sposób uzasadnienia wyroku przez Izbę uznać należy za dowolny i arbitralny utrudniający, a wręcz uniemożliwiający kontrolę instancyjną prawidłowości rozstrzygnięcia kluczowej dla oceny zasadności odwołania kwestii. Zwrócić należy bowiem uwagę, co zostało wyjaśnione, że zasadą wprost wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. jest jawność postępowania. Wszelkie zatem odstępstwa od tej zasady muszą być traktowane jako wyjątek i aby mogły być zastosowane muszą za tym przemawiać określone racje. Co za tym idzie, o ile w przypadku ujawnienia zastrzeżonej przez wykonawcę informacji, mogłoby wystarczyć ogólne uzasadnienie odwołujące się do podstawowych zasad postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, o tyle już w przypadku uznania zastrzeżenia za skuteczne, uzasadnienie to powinno zawierać szczegółowe i drobiazgowo wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne. Wyjaśnić przy tym należy, że na przeszkodzie szczegółowemu omówieniu uzasadnienia zastrzeżenia przez Izbę nie stało to, że samo uzasadnienie również zostało zastrzeżone. Izba wobec oddalenia odwołania mogła przecież objąć tajemnicą fragmenty swojego uzasadnienia, w których omawiałaby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przez wykonawcę. Zresztą Izba zabieg ten zastosowała w niniejszej sprawie, gdyż część uzasadnienia jej wyroku taka tajemnica został objęty.

W tym miejscu przywołać należy treść uzasadnienia wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 1 kwietnia 2021 r. w sprawie KIO 500/21, które w tym zakresie uznać należy za wzorowe. W uzasadnieniu tym Izba w

sposób wszechstronny, dokładny i konkretny przeanalizowała poszczególne zapisy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konfrontując je z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, które miały być tajemnicą tą objęte. Co szczególnie istotne Izba nie omawiała tego zagadnienia w oderwaniu od tego uzasadnienia, ale wprost cytowała poszczególne jego fragmenty i analizowała je wskazując, że nie mogą one i dlaczego uzasadniać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Sądu Okręgowego jest to najlepszy, a wręcz jedyny sposób wyjaśnienia podstaw rozstrzygnięcia w przedmiocie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza w sytuacji kiedy Izba decyduje się na oddalenie odwołania, w którym odwołujący domaga się ujawnienia informacji zastrzeżonych jako taka tajemnica. Po raz kolejny podkreślić bowiem należy, że zasadami postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego są zasady jawności, transparentności i przejrzystości postępowania, gdzie brak ujawnienia poszczególnych informacji powinien być ograniczony do absolutnego minimum uzasadnionego rzeczywistym i realnym interesem wykonawcy."

KIO dostrzega, że cytowany wyrok zapadł jeszcze na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy z 2004 r. Jednak, nie można nie dostrzec nakazu płynącego z tego orzeczenia zobowiązującego tak KIO, ale przede wszystkim zamawiającego do skonfrontowania uzasadnienia zastrzeżenia skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa z danymi faktycznie zastrzegającymi. Tylko w przypadku, gdy uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia i załączone do niego dowody faktycznie koreluje z informacjami utajnionymi i nie ma charakteru ogólnego, nie dostosowanego do realiów danej sprawy, a także tylko w sytuacji, gdy wskazuje, że dane zastrzegane mają wartość gospodarczą dla wykonawcy nie tylko na potrzeby tego konkretnego zamówienia, ale w jego działalności gospodarczej, to tylko wówczas Sąd uznaje, że możliwe jest stwierdzenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym obowiązkiem Izby jest zbadanie, czy uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia faktycznie dotyczyło informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym, odnoszącym się do funkcjonowania przystępującego jako przedsiębiorcy, czy wykazano wartość gospodarczą tych informacji i czy skutecznie zachowano poufność danych.

KIO znalazła te fragmenty uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, do których w jej ocenie powinna się odnieść przy ocenie, czy faktycznie zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a sama informacja wartość gospodarczą:

- przystępujący wskazywał, że szczegółowe kalkulacje związane ze sposobem prowadzenia działalności operacyjnej przedsiębiorstwa, stosowanej technologii, a także informacje na temat ponoszonych kosztów, w tym szczegółowe dane dotyczące stawek i wyliczeń wynagrodzenia zespołu pracowników Wykonawcy, cenach wypracowanych w ramach relacji biznesowych z dostawcami materiałów, a także metodyce sporządzania wyliczeń ofertowych przez Wykonawcę w zakresie realizacji usług, dalej podnosił też szczegółowe koszty sprzętu materiałów, organizacji personelu, szczegółowo skalkulowaną czasochłonność, optymalizację kosztów – KIO oceniając złożone wyjaśnienia ceny rażąco niskiej stwierdziła, że jedynym fragmentem odnoszącym się do organizacji pracy u przystępującego jest fragment na str. 11 wyjaśnień tak do części IV jak i V od słów „AREA podkreśla” do „art. 151 (8) Kodeksu pracy”. Ten fragment odnosi się do konkretnej metody organizacji czasu pracy, którą zamierza zastosować, a jak wynika z załącznika nr 1 stosuje już w swojej firmie przystępujący. Natomiast pozostałe elementy takie jak ilość etatów, wysokość przewidzianego wynagrodzenia, wyliczenia urlopowego, koszty zagospodarowania, koszty nabycia wkładów, koszty zakupu odzieży roboczej są to elementy przynależne temu zamówieniu, niezbędne na potrzeby jego realizacji. Nadto przykładowo, choć wykonawca przy wycenie wkładów polemizuje z wyceną według zamawiającego, i czyni wyliczenia na poziomie 60% kosztu wkładów, to jednak w żaden sposób nie wyjaśnia na jakiej podstawie taką daną wywiódł, w szczególności nie wynika ona z dowodu skorelowanego z tą informacją. Co do kosztów zagospodarowania odpadów, to przystępujący powołuje się na stałą współpracę z określonym podmiotem, ale tego faktu w żaden sposób nie dowodzi, przedstawił bowiem nie umowę o współpracy, ale wyłącznie ofertę. Co więcej z dokumentu tego nie wynika, że oferujący swoje usługi uważa treść oferty za element poufny. Brak jest wskazania na tym dokumencie, że odbiorca-przystępujący jest zobowiązany do nieujawniania informacji wynikających z oferty np. pod rygorem jej cofnięcia. Twierdzenie, że jest to stała współpraca i to współpraca oparta o umowę o poufności, której przykładowy wzór przystępujący załączył do uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia nie zostało przez przystępującego wykazane. Przeciwnie jak wynika z wyjaśnień pana Józefa Jankowskiego ten sam podmiot zawiera umowy o współpracę i brak w nich klauzuli poufności, tym bardziej zatem niewiarygodne jest twierdzenie przystępującego, że ujawnienie tej danej spowodowałoby realną możliwość poniesienia szkody przez przystępującego w związku z odtajnieniem tej informacji. Również w przypadku oferty na zakup wkładów, czy faktury za zakup odzieży nie ma żadnych zastrzeżeń ze strony kontrahentów, o tym, że jest to oferta, czy sprzedaż dedykowana wyłącznie odwołującemu, będąca wynikiem negocjacji, uzyskanych specjalnych, niedostępnych innym wykonawcom rabatów. Z tych dowodów nie wynika również, że współpraca z tymi podmiotami ma charakter stały i na nich opiera się działalność przystępującego. Nie można ustalić także tego, że z tymi podmiotami odwołujący zawarł umowy o zachowaniu poufności, wymóg zachowania oferty, rachunku w poufności nie został na tych dokumentach odzwierciedlony. Co więcej jeśli porównać koszty zakupu wkładów z założeniami przyjętymi

przez przystępującego Józefa Jankowskiego, dowodami odwołującego Remondis, wyliczeniami przedstawionymi przez CT Piotr Purchała w stanowisku pisemnym z 17 października 2024 r., to koszty te przystępujący przyjął na bardzo zbliżonym poziomie, co inni wykonawcy, zatem nie jest tak, że ta informacja o źródle i cenie wykładów ma unikatowy i dostępny wyłącznie przystępującemu charakter pozwalający na budowanie przewagi konkurencyjnej na danym rynku. Analogicznie można porównać koszty zakupu odzieży z dowodem przedstawionym przez odwołującego Remondis i w tym przypadku również nie można ustalić, że ceny za które nabywa przystępujący odzież służbową są elementem jego przewagi konkurencyjnej.

Inaczej nieco jest w przypadku umów z kandydatami na pracowników. O ile KIO podziela argumentację odwołującego Remondis, że dane dotyczące zakładanego wynagrodzenia osób i ilości osób przewidzianych do realizacji tego zamówienia nie są informacjami o charakterze organizacyjnym, bo jak słusznie podnosił odwołujący, nie są to jeszcze pracownicy przystępującego, ale osoby, które być może zatrudni przystępujący na potrzeby realizacji tego kontraktu. Tym samym te dowody nie odnoszą się w ogóle do informacji podanych w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym uzasadnieniu przystępujący wprost mówi, że istotne są dla niego informacje o pracownikach, wskazuje na możliwość ich podkupienia. Podczas, gdy dowody nie dotyczą pracowników, ale wyłącznie kandydatów na pracowników. Tym samym uzasadnienie nie referuje do informacji faktycznie zastrzeżonej. Nie mniej jednak KIO zauważa, że zamawiający, tak jak i KIO stać musi na straż poufności informacji wynikającej z innych przepisów niż przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym przypadku konieczne jest zachowanie poufności danych osobowych w związku z RODO. Przystępujący nie zanonimizował umów przedwstępnych i widnieją na nich imiona, nazwiska, daty urodzenia i własnoręczne podpisy osób, których zatrudnienie przystępujący planuje. W ocenie KIO te dane to dane osobowe, które identyfikują osoby w sposób jednoznaczny i jako takie nie mogą być skutecznie ujawnione.

KIO nie może ocenić skuteczności zastrzeżenia dokumentów dołączonych do uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa takich jak Instrukcja zarządzania systemem informatycznym, NDA- wzór, Instrukcja zarządzania dokumentami, przykładowe oświadczenie o poufności pracownika, bo są to dokumenty objęte tajemnicą przy wyjaśnieniach w ramach self-cleaningu załączonych do oferty. Skuteczności zastrzeżenia tych wyjaśnień odwołujący nie objął zakresem zaskarżenia, zatem KIO dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia ich także w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny dokonywałaby oceny czynności zamawiającego nie objętej zarzutem, a więc musiałaby wykroczyć poza granice zarzutu. Zgodnie z art. 555 ustawy takie rozciągnięcie kognicji należałoby ocenić jako niedopuszczalne. Związanie KIO granicami zarzutów jest ściśle badane przez Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie – choćby można wskazać na wyrok z 9 maja 2024 r. sygn. XXIII Zs 16/24. KIO podkreśla, że poza organizacją pracy i danymi wrażliwymi ze względu na RODO przedstawione informacje nie są informacjami organizacyjnymi, technicznymi czy technologicznymi odnoszącymi się do funkcjonowania przedsiębiorstwa przystępującego – na taką tezę przystępujący nie przedstawił dowodów. Co więcej sam sposób wypełnienia tabeli, które przygotował sam zamawiający nie tworzy unikatowej metodologii kalkulacji ceny oferty, nie ujawnia stosowanych algorytmów i wyliczeń, te bowiem narzucił zamawiający, co więcej co do kosztów związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa, jak koszty zarządu, koszty amortyzacji sprzętu, koszty paliwa, koszty najmu biura, ochrony obsługi w zakresie ofertowania, administracyjnej, prawnej, ubezpieczenia działalności mediów, marketingu, urządzeń biurowych, to nie zostały one przedstawione od strony kalkulacyjnej, a jedynie wskazane w ujęciu globalnym, tym samym KIO nie dała wiary uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że

„W ramach przygotowanych, szczegółowych wyjaśnień ceny oferty AREA przedstawił nie tylko konkretne, detaliczne wyliczenia w zakresie cen i stawek, oraz stosowanych marż, prognozowanych zysków w ramach realizacji usług objętych przedmiotowym Postępowaniem, ale także szczegóły dotyczące kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa i stosowane metodologie które są generalnie wykorzystywane przez Wykonawcę w ramach prowadzonej działalności i pozyskania kontraktów, także na rynku prywatnym, nie objętym reżimie przepisów ustawy Pzp.” Takie dane w ogóle nie zostały w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej przedstawione, zatem uzasadnienie nie odnosi się do treści zastrzeganych informacji.

Przystępujący nie wskazał też jakie procesy wewnętrzne stosuje, jakie nakłady ponosi w związku z inwestycjami, optymalizacja kosztów przedsiębiorstwa, tych informacji próżno szukać w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a przecież w uzasadnieniu skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa takie okoliczności przystępujący podnosił. Pokazuje to, że uzasadnienie pozostaje w oderwaniu od zastrzeganych jako tajemnica informacji. To jedynie utwierdza KIO w przekonaniu, że zamawiający nie zweryfikował dostatecznie skrupulatnie przedłożonego mu uzasadnienia i nie skonfrontował go z zastrzegаныmi informacjami. Przechodząc do kwestii wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, to sam fakt podania, że jakaś informacja posiada wartość gospodarczą, jest według stanowiska Sądu Zamówień Publicznych, które KIO przyjmuje za własne, dalece niewystarczająca. KIO zauważa, że nie stanowi o wartości gospodarczej koszt sporządzenia oferty i wyjaśnień, a to powołał przystępujący jako uzasadnienie

istnienia wartości gospodarczej. Koszt ofertowania i koszt przygotowywania dokumentów związanych z tym ofertowaniem ponosi każdy wykonawca jako element prowadzonej działalności. Sam fakt poniesienia takiego kosztu nie świadczy o tym, że informacje zawarte w tych dokumentach są tajemnicą przedsiębiorstwa. Sam przystępujący w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia powołuje się na to, że jego działalność polega na ubieganiu się o zamówienia publiczne i oferty z rynku prywatnego, zatem aby pozyskać usługi, w ramach których prowadzi działalność, musi zatrudnić lub powierzyć wykonanie na zewnątrz takich elementów, jak ocena czy dane zamówienia oferta prywatna mieszczą się w granicach działalności przystępującego, czy proponowane warunki, miejsce, czas proponowanego zamówienia, oferty umożliwiają przystępującemu złożenie oferty, przygotowanie kalkulacji dla takiej oferty, niezbędnych dokumentów, składanie wyjaśnień czy prowadzenie negocjacji w celu pozyskania danego kontraktu. Są to zatem elementy kosztowe związane z prowadzeniem działalności, a nie z konkretną informacją, którą przystępujący zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa. To stanowisko KIO potwierdza sam przystępujący w uzasadnieniu : (...) według jego szacunków, całkowity koszt sporządzenia oferty w ramach przedmiotowego Postępowania oraz wyjaśnień w zakresie oferty, plasuje się na poziomie 5000 zł (koszty ujęte w ramach funkcjonowania przedsiębiorstwa w obu częściach)."

Dalej przystępujący upatruje wartości gospodarczej w możliwości utraty kontraktów i utraty możliwości ubiegania się o zamówienia. Stratę w tym zakresie estymuje na poziomie powyżej 5 milionów złotych. W ocenie KIO to stanowisko przystępującego jest gołosłowne, bowiem jak już wcześniej wskazywano poza pracownikami i kosztami wkładów, przystępujący nie ujawnił żadnych szczegółów dotyczących wyliczeń ceny oferty, a dostosował się do kalkulacji sporządzonej przez zamawiającego, przystępujący też wbrew uzasadnieniu nie ujawnił zasad sporządzania kalkulacji, kosztów przedsiębiorstwa, bo zastosował kalkulację zamawiającego, a koszty przedsiębiorstwa jedynie określił wartością łączną nie podając żadnych założeń do takiej kalkulacji. Przystępujący nie przedstawił również żadnego dowodu na to, że ujawnienie informacji o osobach, które mają na potrzeby tego zamówienia dostarczyć przystępującego materiały (wkłady, odzież, worki) czy świadczyć usługi (zagospodarowanie odpadów) spowoduje, że utraci te kontakty dla tego zamówienia, ale i na przyszłość albo będzie zobowiązany do poniesienia kar umownych za niezachowanie poufności czy zapłacić odszkodowanie z tego tytułu. Wobec nie wykazania tych okoliczności KIO nie mogła dać wiary przystępującemu, co do istnienia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Z tych wszystkich względów zarzut należało uwzględnić.

Zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu wobec potwierdzenia się zarzutu podstawowego.

Drugi z zarzutów podstawowych nie został uwzględniony z tego powodu, że w ocenie KIO nie został udowodniony, ani uprawdopodobniony. KIO nie widzi podstaw by podważać wiarygodność daty wykonania zdjęć 1- 3 czy daty sporządzenia filmu, w ocenie KIO zamawiający ani przystępujący nie wykazali, że doszło do manipulacji datą, nie wnioskowali także o przeprowadzenie dowodów służących podważeniu prawdziwości tych danych. Natomiast KIO na podstawie filmu i zapisanych dla tego pliku danych ustaliła, że film ten był wykonany w dacie 14 października 2024 r. Problem, jaki dostrzega KIO w związku z tymi dowodami, to z czego wynika wykonanie dokumentacji fotograficznej i filmowej nieruchomości zlokalizowanej w Warszawie, ul. Mławska 6. Odwołujący nie wskazał na podstawie czego powziął wiadomość, że jest to miejsce wspólnego prowadzenia działalności Daniela i Dawida Mroza. Takiej informacji nie da się ustalić, ani z treści oferty, ani ze złożonych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny ofertowej. Sam odwołujący przyznał na rozprawie, że nie zdołał ustalić, kto jest właścicielem nieruchomości, której zdjęcia i film wykonał. Oczywiście, działalność nie musi być wykonywana w miejscu wskazanym jako siedziba, nie ma też nakazu prowadzenia działalności na nieruchomości własnej. Nie mniej jednak KIO nie było w stanie ustalić, dlaczego, akurat ten adres miałby dotyczyć wspólnej działalności Daniela i Dawida Mrozów. KIO może jedynie domyślać się, że jest to miejsce wskazane jako baza magazynowo transportowa na potrzeby stosownych zezwoleń jednego lub obu podmiotów, bo taka teza wynika z odwołania, jednak nie została ona udowodniona. Odwołujący nie prowadził postępowania dowodowego w tym zakresie. Skoro KIO nie była w stanie ustalić dlaczego odwołujący sfotografował i nagrał właśnie tę nieruchomość, to w konsekwencji nie mogła też ustalić, że fakt zgromadzenia pojemników (kontenerów) posiadających logo zarówno firmy Daniela jak i Dawida Mroza na jednym ogrodzonym terenie ma świadczyć o braku zerwania kontraktów w ramach prowadzonych działalności. Powodów, dla których te przedmioty znalazły się na jednym ogrodzonym terenie może być wiele, ale KIO nie może na ten temat spekulować. To odwołujący powinien co najmniej uprawdopodobnić tezy stawiane w zarzutach. KIO przy zarzucie działania w niedozwolonym porozumieniu, czy przy zarzucie pozornego zerwania więzi pomiędzy przedsiębiorcami pozostającymi w zмовie nie oczekuje udowodnienia istnienia takiego porozumienia, czy braku zerwania więzi. Niewątpliwie podmioty wchodzące w takie zależności wszelkimi sposobami starają się zachować je w poufności, zatem dopuszczalne są wszelkie dowody pośrednie uprawdopodobniające fakt pozostawania w niekonkurencyjnych stosunkach. Tych dowodów pośrednich w tym postępowaniu zabrakło. Ze złożonych dowodów można ustalić jedynie to, że 1 zbiornik oznaczony logo Daniela Mroza i 3 kontenery oznaczone logo Area znajdowały się na jednej ogrodzonej nieruchomości, według twierdzeń odwołującego znajdującej się na ulicy Mławskiej 6 w Warszawie. Żadnych innych ustaleń, a w szczególności współużytkowania tej nieruchomości, czy współużytkowania tych kontenerów

i zbiornika nie udało się odwołującemu wykazać. Dowody przeprowadzone przez odwołującego nie podważyły skutecznie dowodów złożonych w ramach procedury samooczyszczenia. Z tego względu zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego. Z dwóch zarzutów podstawowych odwołania potwierdził się jeden, zatem koszty odwołującego w połowie okazały się zasadne i w takim zakresie konieczne okazało się nakazanie zamawiającemu ich zwrotu odwołującemu.

Rozstrzygnięcie KIO w sprawie KIO 3586/24

KIO uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie w całości, tak w odniesieniu do zarzutów podstawowych naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 jak i art. 16 pkt 1 ustawy jak i zarzutu ewentualnego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy jak słusznie zauważył zamawiający i przystępujący nie mógł być skutecznie podniesiony, skoro zamawiający nie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy. Taki obowiązek poprzedzenia odrzucenia ofert wyjaśnieniami wynika z implementacji art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/WE zwanej dyrektywą klasyczną. Konieczność prowadzenia konsultacji i zakaz odrzucenia oferty bez ich przeprowadzenia dobitnie został podkreślony w ust. 3 art. 69 dyrektywy. Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2. Oznacza, to że zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską, w sytuacji, gdy wyjaśnień nie przeprowadzono, należy ocenić jako przedwczesny, a w konsekwencji go oddalić.

Skoro KIO oddaliła zarzut podstawowy, konieczne stało się rozpoznanie zarzutu ewentualnego. W zakresie dopuszczalności zgłaszania przed KIO zarzutów ewentualnych i sposobu rozstrzygania o takich zarzutach w sytuacji nie potwierdzenia się zarzutu podstawowego KIO w całości za własne uznaje wywody Sądu Zamówień Publicznych – Sądu Okręgowego w Warszawie podniesione w orzeczeniu z 26 października 2023 r. sygn. XXIII Zs 57/23. Zarzut ten w ocenie KIO także się nie potwierdził. Bezsporne było pomiędzy stronami, że nie zaistniały podstawy do obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień z art. 224 ust. 2 ustawy. Cena oferty nie była niższa o ponad 30%, ani od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, ani od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W konsekwencji zamawiający nie musiał wezwać wykonawcy do wyjaśnień, jeśli cena jego oferty nie rodziła wątpliwości, co do możliwości wykonania za nią zamówienia. Odwołujący podważał prawidłowość ustalenia wartości zamówienia przez zamawiającego, jednak ta czynność nie może być skutecznie podważana w postępowaniu przed KIO, bowiem jest to czynność poza postępowaniem o udzielenie zamówienia, a kognicja KIO poza to postępowanie nie wykracza – art. 513 ustawy. Nadto, co ważniejsze, oferta przystępującego nie odbiegała także rażąco od pozostałych ofert, a zatem nawet gdyby przyjąć, że zamawiający wadliwie oszacował zamówienie, to rynek nie zweryfikował tej wadliwości w oczywisty sposób. Słusznie podnosili przeciwnicy odwołującego, że zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień jest zarzutem podlegającym normalnym regułom postępowania dowodowego i nie korzysta z dobrodziejstwa odwróconego ciężaru dowodu wynikającego z art. 537 ustawy. Tym samym to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia za podaną przez przystępującego cenę. Zdaniem KIO odwołujący tego ciężaru nie udźwignął. Przedstawione dowody nie pozwalają KIO ustalić, że oferta przystępującego rażąco zaniżona. Co więcej z zestawienia kosztów opracowanego przez samego odwołującego wynika, że cena oferty przystępującego byłaby zbyt niska tylko w przypadku konieczności wypłaty wynagrodzenia za pracę w nadgodzinach. Natomiast odwołujący nie wykazał, że przedmiot zamówienia wymaga wykonania w sposób powodujący konieczność świadczenia pracy w nadgodzinach. To oznacza, że odwołującemu nie udało się przekonać KIO, że zamawiający dopuścił się zaniechania zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy mimo istnienia rzeczywistych wątpliwości, co do realności ceny zaoferowanej przez przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 16 był zarzutem wynikowym, zatem fakt nieuwzględnienia zarzutu podstawowego i zarzutu ewentualnego powodował, że także ten zarzut należało ocenić jako niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołującego nie podlegał rozliczeniu.